Diss.
2165/9.

Beitrag
zur
Lehre des Unterschiedes
zwischen
Klagableugnung und Einrede.

Habilitationsschrift

von

Dr. jur. Theodor Ludwig von Helmolt
aus Gießen.

Gießen, 1849.
J. Ricker'sche Buchhandlung.

Diss. 2165 g.

Beitrag

zur

Lehre des Unterschiedes

zwischen

Klagableugnung und Einrede.

Habilitationsschrift

von

Dr. jur. Theodor Ludwig von Helmolt

aus Gießen.

Gießen, 1849.

J. Ricker'sche Buchhandlung.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Inhaltsverzeichniß.

		Seite
Einleitung	. . . .	1
§. 1.	. . . .	3
§. 2.	Verhältniß des heutigen Standpunktes zu demjenigen des älteren Rechtes bis zum J. R. A.	3
§. 3.	Fortsetzung	6
§. 4.	Fortsetzung	9
§. 5.	Was kann Einrede im Civilrecht und was im Prozesse eigentlich bedeuten?	11
§. 6.	Fortsetzung	15
§. 7.	Bisherige Terminologie, nebst dem System der vorliegenden Abhandlung	16
§. 8.	Fortsetzung zu §. 6.	18
§. 9.	In welcher Weise kann ein Anspruch unter den Parteien bestritten sein?	21
§. 10.	Haupt- oder Sachverfahren	23
§. 11.	Verträge, letztwillige Zuwendungen und Pollicitationen . .	30
§. 12.	Qualificirtes Geständniß	34
§. 13.	Allgemeine Betrachtung über die Modalitäten bei Rechtsgeschäften	36
§. 14.	Ansicht von Hänel	40
§. 15.	Albrechts Darstellung	52
§. 16.	S. g. Exceptio non und non rite adimpleti contractus, oder Einrede der synallagmatischen Rechtsgeschäfte . . .	57
§. 17.	Fortsetzung	67
§. 18.	Ansichten einiger anderer Schriftsteller	68
§. 19.	Ueber den Grundsatz der formellen Wahrheit im Prozesse .	73
§. 20.	Wie wird der Beweis der Unbedingtheit eines Rechtsgeschäftes erbracht?	75
§. 21.	Von dem anticipirten Beweise durch Urkunden . . .	82
§. 22.	Stellung der s. g. Rechtswohlthaten zur vorliegenden Lehre .	85
§. 23.	Anwendung des bisher Gesagten auf das s. g. Formverfahren	89
§. 24.	Begriffsbestimmungen	92

Einleitung.

Vergleicht man die Literatur über die vorliegende Lehre, so möchte man bei den vielfachen Versuchen, durch Aufstellung eines klaren und durchgreifenden Grundsatzes ein für die wissenschaftliche Darstellung wie insbesondere die practische Brauchbarkeit befriedigendes Ergebniß zu erzielen, fast die Möglichkeit der Lösung unserer Frage bezweifeln. Das außerordentliche Schwanken in der Wissenschaft, wie schon die wenn auch nur ganz übersichtliche Darstellung Bayer's in seinen Vorträgen S. 347—351, welche sich darauf beschränkt, die Meinungen der Schriftsteller nach Gattungen zu classificiren, zur Genüge ergiebt, hat sich auch der Anwendung mitgetheilt und so kommt es, daß man fast so viele Meinungen als Köpfe findet, was natürlich bei der ganz besonderen Wichtigkeit der Lehre für eine unparteiische, gleichmäßige Rechtspflege und damit für das Ansehen der Gerichte und das Zutrauen der Rechtsbedürftigen zu denselben höchst gefährlich ist. Eben diese Rücksichten machen es erklärlich, warum immer neue Schriftsteller über diesen Gegenstand auftauchten, warum Jeder, dem das wahre Recht am Herzen liegt, seine Kräfte an diesem Gegenstande versuchte. Eben diese Rücksichten bestimmten auch den Verfasser der vorliegenden Abhandlung, denselben Versuch zu machen, und wenn derselbe auch nicht behaupten will, daß er das allein Richtige getroffen, so glaubt er doch Zeit und Mühe nicht vergeblich angewendet zu haben, wenn er einige unrichtige

Ansichten im Interesse der Wissenschaft und der Anwendung bekämpft, oder Anregung zu einer neuen Betrachtungsweise gegeben hat.

Wie folgenreich und wie bestritten unsere Lehre sei, sehen wir schon aus Gönner, Handbuch S. 205, sowie aus Bayer's Vorrede zu Albrecht,*) daß ein neueres Gesetz kein durchgreifendes Prinzip darüber aufstelle, was zum Klaggrunde, was zur Einrede gehöre, bestätigt Heerwart (im Archiv für c. P. S. 227); daß man mit den bisherigen Begriffsbestimmungen nicht alle Schwierigkeiten lösen könne, sagt Bayer, selbst mit Bezug auf seine eigne Darstellung (Vorträge S. 354 f.), und daß die Sache in vielfacher Beziehung gerade für die Anwendung noch nicht ausgemacht sei, zeigt die Abhandlung eines Praktikers, des Herrn O.-A.-Gerichtsrathes Hänel in Dresden (Zeitschr. für Civilrecht und Prozeß, Neue Folge, I. Bd. 1845, S. 387 f.)

Zwar sagt Heffter (Rev. der Beweislast zu Weber ꝛc.) mit Bezug auf die prozessualisch allein wichtige Frage des Verhältnisses unserer Lehre zur Beweislast S. 266: „Wozu aber so viele Mühe? Probatio incumbit ei qui agit, richtig verstanden ist genug für den gebildeten Juristen.“ Allein Heffter wird nicht leugnen, daß sehr viele gebildete Juristen sich heftig schon seit den Zeiten der Glossatoren über die Sache gestritten haben, und daß das: „richtig verstanden“ gerade der casus criticus sei. Wenn man auch den Satz in verbis simus faciles dum conveniamus in re zugeben will, so sagt doch schon Gönner sehr treffend (l. c. S. 210), daß in der Wissenschaft Wahrheit der Resultate nicht genüge, sondern auch Richtigkeit der Prämissen nothwendig sei, indem davon auch praktische Folgen abhingen.

*) Die Exceptionen des gem. deutschen Civilprozesses. München 1835.

§. 1.

Meiner individuellen Ansicht nach ist die Hauptursache der bisherigen Verwirrung theils im Allgemeinen darin zu suchen, daß sich viele Schriftsteller man kann sagen mit pedantischer Aengstlichkeit an den historischen Boden des römischen Rechtes festbannten, die meisten sich in unnützen und veralteten Terminologien umhertrieben, theils und insbesondere darin, daß man den civilrechtlichen von dem civilprozessualischen Gesichtspunkte nicht trennte, sowie die Verschiedenheit des Standpunktes nicht beachtete, auf welchem der Richter, besonders seit dem durch den J. R. A. vorgeschriebenen Verfahren, am Schlusse der Vorverhandlungen steht, mit demjenigen, auf welchem er sich am Schlusse des Beweisverfahrens befindet.

§. 2.

Verhältniß des heutigen Standpunktes unserer Lehre zu demjenigen des älteren Rechtes bis zum J. R. A.

Eine historische [1]) Untersuchung bezüglich des Begriffes, Unterschiedes und Umfanges zwischen litiscontestatio und exceptio sowohl im R. R., wie in ihrer Fortbildung bis zum J. R. A. hier einzuschalten, halte ich aus einem doppelten Grunde für überflüssig, einmal weil ich mich mit den schönen Ausführungen Albrechts in seinem citirten Werke fast durchgängig einverstanden erklären kann, anderntheils weil ich davon kein praktisches Resultat erwarte, indem ich die Ansichten Albrechts l. c. S. 282 und Bayer's Vorträge S. 352 fg. und S. 353, Nr. 3 für die allein richtigen halte, nämlich des ersteren, daß die Lehre der Exceptionen auf ihrem gegenwärtigen Standpunkte zwar, was die Grundsätze anbetreffe, vollkommen festbegründet sei, nicht aber auch in Ansehung des **Begriffes**, welcher den zerstörlichen Einreden gegenüber der unmittelbaren Klagebeantwortung zukommen

---

[1]) Vergl. darüber Bethmann-Hollweg, Versuche, S. 325 fg.

soll; des letzteren, daß der römische Begriff in seiner Reinheit nicht mehr geltend gemacht werden könne.

Ich leugne hiernach, daß der juristische Begriff von Einrede in unserm heutigen Rechte mit demjenigen correspondire, was man im R. R., im Mittelalter und selbst noch im J. R. A. unter dem Worte exceptiones Alles durcheinanderwarf. [2]) Ich leugne ferner, daß der Begriff „negative Litiscontestation", abgesehen von

---

[2]) Ueber den Sprachgebrauch der Reichsgesetze vergleiche:

a) Einwand oder Anfechtung, Replik oder Nachschrift, C. G. O. 1521, §. 6 (und 7).
b) Dilatorias exceptiones, das sind verzügliche Einreden, C. G. O. eod. §. 5.
c) Einred, Auszug oder Anfechtung, eod. §. 10.
d) Exc. dilatoriae und peremptoriae in vim dilator. C. G. O. v. 1523, Kriegsbefestigung §. 3 eod.
e) Und ob er peremtorias und entlich Einred oder sonst andere Defension hätt. §. 4 eod.
f) Soll der Geladen oder Beklagt Exceptiones, so er die hat contra formalia oder dilatorias, etiam Litis Contest. impedientes für zu bringen schuldig sein. C. G. O. v. 1527, §. 9 u. 10.
g) Lit. Cont. C. G. O. v. 1533, §. 9.
h) Das Wort „excipiren" wird ohne bestimmte Begründung in derselben Weise in den Reichsgesetzen gebraucht, wie heut zu Tage das Wort „Exceptionalhandlung" überhaupt für Vernehmlassung. C. G. O. v. 1555, XV, §. 2 u. XVI, §. 2, XVIII, §. 1 (Einrede, Exception oder Auszugszeit. §. 2 terminus excipiendi. XIX: Auf des Antworters eingebrachte „Exceptionsschrift" sein Replik und Gegenschrift.
i) Aus dem 3. Theil der C. G. O. v. 1555, Tit. XXIV—XXX ersieht man, daß der Unterschied zwischen Klageverneinung (Responsiones) und Einreden (Exceptional-Artikel, Defensional-Artikel) wohl gefühlt wurde, allein eine Unterscheidung, eine Gränze des beiderseitigen Gebietes ist nicht angegeben, sondern es müßte von der richterlichen Prüfung abhängen, ob „articuli exceptionales und replicatorii relevantes und zulässig" vorhanden, oder ob sie in das Gebiet der klägerischen Artikelverneinung gehörig seien.
k) Daß „Exceptionen" fast ganz gleichbedeutend mit „Einwand" (Einrede) ohne specielle Beziehung des Wortes auf Beweislast gebraucht wurde, sieht man aus R. A. v. 1559, §. 63 u. 64, Dep. A. v. 1600, §. 49, 114 sq., R. A. v. 1603, §. 26, R. A. v. 1613, §. 13.

dem in den Worten enthaltenen Pleonasmus, geeignet sei, den Gegensatz zu dem heutigen Begriffe von Einrede zu bilden.

Obgleich der Gehalt der Litiscontestatio [3]), je nachdem man ihn als reellen oder blos imaginären Act im Prozesse betrachtete, im R. R. nach den Zeiten der legis actiones, des Formularverfahrens und nach Aufhebung des letzteren selbst wechselte, so lag doch immer, auch nach der L. un. C. de L. C. 3, 9 der Begriff zu Grunde, daß der Beklagte sich vertheidigen, daß er es auf einen Streit wolle ankommen lassen. Obgleich nun blos durch Mißverständniß des R. R. von Seiten der Glossatoren die Eintheilung in litiscontestatio affirmativa und negativa aufkam, auch durch das von dem J. R. A. aufgestellte System die litiscontestatio zu einem blos imaginären Act herabgesunken ist, so wird doch der Ausdruck aus einem Compendium in das andere mit herübergenommen. Zwar kommt der Ausdruck negative Litiscontestation noch in den Reichsgesetzen vor; allein wir suchen selbst in dem J. R. A. vergebens eine Bestimmung des Umfanges derselben, besonders im Gegensatz zu den exceptiones. Was die Litiscontestation angeht, so ist es heut zu Tage gewiß ganz einerlei, ob eine Partei oder ein Anwalt den Ausdruck Litiscontestation oder Einlassung gebraucht oder nicht; es ist ganz dasselbe, ob er sagt: Ich contestire litem, ich lasse mich auf den Streit ein, oder ich erkläre auf die Hauptsache. Man sollte deßhalb den Ausdruck Litiscontestation, besonders die Eintheilung in affirmative und negative, ganz fallen lassen und blos unterscheiden, ob sich der Beklagte vertheidige gegen die Klage oder nicht. Im letzteren Falle läßt er sich nicht auf den Streit ein, indem er entweder die Klage sogleich zugesteht, oder sich gar nicht erklärt, wo ihn sodann die Folgen des Ungehorsams treffen. Im ersteren Falle läßt er sich auf den Streit ein und diese Einlassung ist stets mit einer Bestreitung des Klaganspruchs verbunden, also stets eine negative. Den Fall, wo Beklagter den Anspruch ohne alle Vertheidigung vor Gericht zugesteht, kann man streng ge-

---

[3]) Vgl. Albrecht §. 29.

nommen gar nicht hierher rechnen, denn dieß ist ja gerade das Gegentheil einer Litiscontestation, die Erklärung, daß man sich nicht auf einen Streit einlassen will.

Man stellt die Sache deßhalb am Besten so dar: die Erklärung des Beklagten auf die Klage ist entweder

1) unbedingtes Klagzugeständniß oder

2) Vertheidigung und zwar

a) durch Klagableugnung;

b) durch Klagzugeständniß verbunden mit Einrede;

c) eventuelle Verbindung von b mit a.

§. 3.

Fortsetzung.

Unbestritten sind nun, wie schon oben angegeben wurde, die Grundsätze, welche im R. R. für die Exceptionen gelten, auch noch für unsere heutigen Einreden geltend, weil sie in der Natur der Sache beruhen, nämlich die Sätze: reus in exceptionibus actor, qui excipit probare debet, qui excipit non fatetur, nemo pluribus exceptionibus uti prohibetur, quamvis diversæ sint. [4]) Allein woher sollen wir nun, da wir die Bestimmungen des R. R. über exceptiones bezüglich des Begriffes und Umfanges unserer Einreden nicht mehr brauchen können, da auch das canonische Recht uns nichts Genügendes bietet und man in den Reichsgesetzen [5]) vergebens nach einer Lösung dieser Frage sucht, den Begriff von Einrede entnehmen? Aus der Etymologie des Wortes, aus dem Sprachgebrauche des gewöhnlichen Lebens? Die Wissenschaft kann sich nicht damit begnügen, Worte zu gebrauchen, sie muß auch genau den Umfang bestimmen, welchen sie mit einem Ausdrucke verknüpft, weil sie nichts sagen darf,

---

[4]) Albrecht, S. 189. Bayer, S. 353, Nr. 3.

[5]) J. R. A. §. 47 u. 48.

was keinen bestimmten Zweck, keine Bedeutung hat. Erst durch die wissenschaftliche Begränzung wird ein aus der Sprache eines Volkes genommenes Wort zum Kunstausdrucke erhoben. Sobald wir daher in unserer Wissenschaft von Einreden sprechen, müssen wir darunter einen Kunstausdruck verstehen. Den schwankenden Begriff des gemeinen Lebens von Einrede können wir deßhalb in der Wissenschaft nicht eher gebrauchen, bis ihn diese selbst durch die Begränzung zum Kunstausdrucke erhoben hat.

Aus den verschiedenen Lehrbüchern, oder gar aus Prozeßschriften? Diese erinnern einen oft unwillkührlich an die Unterredung zwischen Mephistopheles und dem Schüler in Göthe's Faust, was von unserer Rechtsgelehrsamkeit zu halten sei.

Wir müssen deßhalb einen andern Weg zu unserem Ziele suchen.

Viele Rechtslehrer finden ihn durch Herbeiziehung der Beweistheorien.[6]) Albrecht, bei welchem diese Richtung besonders scharf hervortritt, sagt geradezu, während im frühern R. R. die Lehre der Exceptionen, was ihren Bereich anbelange, die Theorie des Beweises bestimmt habe, müsse sich jetzt umgekehrt jene nach den Bestimmungen dieser normiren.[7]) Dagegen erklärt sich zwar Bayer, S. 351 c., indem er sagt, der Begriff der Einrede involvire an sich keineswegs eine unmittelbare Beziehung auf die Beweislast des Beklagten, sondern vielmehr auf das Verhältniß, in welchem irgend ein Vorbringen des Beklagten zu der Intention des Klägers stehe, mit andern Worten wenn man sage, der Beklagte habe eine Einrede vorgeschützt, so denke man dabei zunächst nicht daran, daß er in der Folge den Beweis davon zu führen habe, sondern daß durch jenes Vorbringen eine Klage vereitelt werden könne. Die Beweislast sei wohl eine Folge der Einrede,

---

[6]) Vgl. die bei Bayer S. 349 lit. A genannten, sowie Bayer, Vorrede zu Albrecht l. c. und Albrecht selbst S. 183—184, bes. Not. 1.

[7]) Von dieser Ansicht scheint auch Sintenis, Arch. f. civ. P. Bd. 17, S. 288, mit Bezugnahme auf Bethmann-Hollweg, Versuche rc. S. 326 auszugehen.

aber nicht ein inneres Merkmal im Begriffe einer Einrede. Wenn man daher eine Einrede als eine Behauptung definire, welche der Beklagte anführen und beweisen müsse [8]), so sei damit das Wesen der Einrede eben so wenig ausgedrückt, als das Wesen eines Verbrechens, wenn man dieses etwa als eine Handlung definiren wollte, welche mit öffentlicher Strafe bedroht sei.

Diese Bemerkungen Bayers sind zwar an sich richtig, allein dennoch ist die Ansicht Albrechts, sowie aller Derjenigen, welche den Begriff einer Einrede mit Hülfe der Beweistheorie zu finden suchen, durchaus nicht verwerflich. Es liegt bei sämmtlichen Schriftstellern eine Vermischung des civilrechtlichen mit dem civilprozessualischen Gesichtspunkte zu Grunde, wie wir weiter unten sehen werden, und davon ist selbst Bayer nicht frei. Die obige Bemerkung Bayers bezüglich des Wesens eines Verbrechens ist, wie gesagt, an sich richtig, allein die Vergleichung ist nicht schlagend. Definirt man z. B. ein Verbrechen als Uebertretung einer auf Gesetz oder Gewohnheit gegründeten Vorschrift, wodurch eine gewisse That unter Androhung eines Uebels, welches im criminalrechtlichen Sinne nach positiven Grundsätzen als Strafe betrachtet wird, geboten oder verboten ist [9]), so wird gewiß Niemand gegen die Richtigkeit dieser Definition Etwas einwenden, obgleich Niemand behaupten wird, daß Verbrechen und Strafe identisch seien. Man sagt deshalb auch ganz richtig: nulla poena sine crimine, und nullum crimen sine poena. Sobald der Richter keine Strafe angedroht findet, muß er auch sagen, es liege kein Verbrechen vor. Zum Begriffe eines Richters gehört es z. B. auch nicht, daß er Prozesse führe, sondern nur, daß er eine Entscheidung im Namen der Gesetze gebe; allein wie man sich einen Richter ohne Prozesse nicht leicht vorstellen wird, so kann man auch den Kreis, in welchem Jemand als Richter erscheint, nur aus den

---

[8]) Bayer, Vorträge, S. 350, lit. c. Albrecht, S. 184. Heerwart S. 231, lit. d.

[9]) Vergl. Birnbaum in seinen Vorlesungen §. 21 zu Mittermaier resp. Feuerbach.

Prozeßregeln erkennen, und deshalb wird man einer Definition des Richters als einer Person, welche Privatrechtstreitigkeiten nach bestimmten Regeln entscheide, keinen erheblichen Vorwurf machen können. Heerwart und Albrecht sagen ja auch nicht, daß Beweis resp. Beweislast und Einrede ein und dasselbe seien. Sie sagen blos, Einrede und selbstständiger Beweis (reus exc. fit actor) seien correlate Begriffe, sie verhielten sich wie Ursache und Wirkung, und da man sehr oft aus letzterer die erstere deutlicher erkennt, so nehmen sie Beides in die Definition auf. Bayer sagt selbst S. 353 und 354, die Definition einer Einrede, wenn sie den heutigen Grundsätzen darüber entsprechen solle, dürfe nichts enthalten, worüber nicht dem Beklagten der Beweis obliege; weshalb ich glaube, daß man, nach dem heutigen Recht, des Zusammenhanges mit dem Beweise auch in der Definition irgend wie Erwähnung thun müsse, wovon weiter unten die Rede sein wird.

§. 4.

Fortsetzung.

Wie schon oben angedeutet worden, beruht die Mangelhaftigkeit der bisherigen Ansichten und Definitionen von Einreden hauptsächlich auf der Vermischung des civilrechtlichen mit dem civilprozessualischen, sowie des richterlichen Standpunktes am Schlusse der Vorverhandlungen mit demjenigen am Schlusse des Beweisverfahrens.

Beim Uebergange zu der folgenden Darstellung muß ich nothwendig einige allgemeine Bemerkungen über das Civilrecht und den Prozeß, sowie über das Wechselverhältniß beider zu einander hier einschalten.

Civilrecht [10]) und Prozeß stehen ihrer ganzen Bedeutung, ihrem Zwecke nach, nothwendig in einem innigen Verhältnisse, in einer

---

[10]) Ich muß hierbei von dem Standpunkte des Gesetzgebers ausgehen, verstehe jedoch dabei unter Civilrecht nicht das reine Vernunftrecht, sondern

Wechselwirkung. Das eine kann ohne das andere nicht bestehen. Das Civilrecht enthält die Abstractionen des Lebens, es hat die menschlichen Verhältnisse zur Grundlage; es ist das Resultat der durch die Erfahrung begleiteten Vernunft, und deshalb ganz geeignet, da, wo die Privatwillkür nichts bestimmt, in subsidium zur Anwendung zu kommen. Nur wo die Privatwillkür fehlt, beziehungsweise etwas bestritten oder wenigstens zweifelhaft ist, legt es sich hülfsweise ins Mittel, abgesehen von den als Ausnahmen zu betrachtenden s. g. absoluten, ge- oder verbietenden Gesetzen. Es stellt zu dem Ende die Gesichtspunkte auf, von welchen aus es die menschlichen Verhältnisse beurtheilt; es bildet auf den Grund der Beobachtung menschlicher Verhältnisse, sowie der täglichen Erfahrungen gewisse Kategorien, es giebt diesen bestimmte Namen und begränzt ihren Umfang, nicht um des Namens willen, denn dieser ist an sich gleichgültig, sondern der Consequenzen wegen, die es aus einer Handlung oder einem Verhältnisse im Zweifel zieht.

Durch den Civilprozeß dagegen sollen bestrittene und deshalb zweifelhafte Ansprüche zur rechtlichen Gewißheit erhoben, gleichsam aus dem Dunkel an's Licht gezogen werden. Unzweifelhafte Rechte bedürfen nicht des Richters, sondern blos der vollziehenden Hülfe des Staates, die mit dem Richteramte nicht nothwendig verbunden sein muß. Ob aber ein behauptetes und bestrittenes Recht wirklich zweifelhaft, d. h. ob durch die Privatwillkür nichts bestimmt und dann subsidiär die Consequenzen des Civilrechtes eintreten, dieß soll ja der Civilprozeß erst ermitteln. Das Civilrecht ist also, sobald wir uns einen Streit denken, ohne ein die Anwendung vermittelndes Verfahren gleich null, der Civilprozeß hat ohne das Civilrecht keine Grundlage.

---

das Ergebniß der gesetzgeberischen Thätigkeit, d. h. das positive Recht, von welchem hier blos die Rede sein kann, und rechne dazu auch das Gewohnheitsrecht: consuetudo vim legis obtinet. §. 9. J. de jure nat. 1. 2. L. 32 u. 33. D. de legg. 1. 3.

Aus diesem innigen Wechselverhältniß des Civilrechtes und Civilprozesses erklärt es sich auch leicht, wie sehr viele Rechtsinstitute und so insbesondere auch die Einreden theils in dem Civilrechte, theils in dem Civilprozesse ihre Wurzeln haben, und daß man beide Theile untersuchen muß, um das Wesen zu ergründen und namentlich die Folgen, welche aus der Berührung, aus der Vereinigung entstehen, erklärlich zu finden.

§. 5.

Was kann Einrede im Civilrecht und was im Prozesse eigentlich bedeuten?

Wir wollen deshalb sehen, was Einrede im Civilrecht,[11]) was sie im Civilprozesse eigentlich bedeuten könne und wie sich das Verhältniß durch die Vereinigung beider gestaltet.

Betrachten wir nun das Civilrecht, so müssen wir stets dabei berücksichtigen, daß wir es blos mit Abstractionen, mit klar vor-

---

[11]) Ich gehe hierbei nicht vom Begriffe der römischen exceptio aus. Für eine Pandektenvorlesung ist dieser Begriff allerdings von Wichtigkeit, nicht aber für unsern heutigen Prozeß und damit auch nicht für den heutigen Begriff von Einrede, welcher vorzugsweise ein Erzeugniß der neueren, auf die durch den J. R. A. herbeigeführten Veränderungen gestützten Prozeßpraxis ist. In den Digesten wird das Civilrecht und der Prozeß ohne System durcheinandergeworfen, weshalb wir, besonders da wir das römische Prozeßverfahren zur Zeit der Pandektenschriftsteller nicht mehr haben, und die damalige exceptio ganz auf diesem beruhte, und da wir den Begriff der exceptio zur Zeit Justinians wegen seiner Unbestimmtheit und Allgemeinheit gar nicht brauchen können (vergl. Albrecht, S. 108), für unser heutiges Civilrecht uns auf den durch die Civilrechtsgesetze selbst gegebenen rationellen Standpunkt verwiesen sehen. Es zeigt sich dies ganz deutlich bei der Erwägung, daß z. B. in einem neuen Gesetzbuche des bürgerlichen Rechtes (einem Civilrechtsgesetzbuche) von Einreden entweder gar nicht oder doch nur in dem von uns oben im Texte angedeuteten Sinne gesprochen werden könnte, während sich dies für ein Lehrbuch des Pandektenrechts freilich ganz anders verhält. — Vergl.: Preuß. Landrecht. Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Großherzogthum Hessen. (Darmst. 1842.) Code civil. namentl. Art. 1315.

liegenden Bestimmungen zu thun haben. Das Civilrecht bildet sich ohne Rücksicht auf einen einzelnen Fall seine Vordersätze, d. h. es zeigt, in welcher Weise es Rechte und Verbindlichkeiten als vorhanden anerkenne.[12]) Da diesen Bestimmungen, weil sie Gesetze sind, Niemand widersprechen kann, so stehen dieselben also unbestritten da. Das Civilrecht begnügt sich nun nicht damit, blos diese Begründungsarten von Rechten und Verbindlichkeiten aufzustellen, sondern es zeigt auch, in welcher Weise es deren Aufhebung, worunter natürlich auch die Veränderung gehört, rechtlich, d. i. gültig annehme. Nur das Dasein eines solchen Aufhebungsgrundes kann einen Beklagten gegen eine civilrechtlich bestehende Pflicht schützen, kann ihm Grund zur Vertheidigung, zu einer „Einrede" geben. Eine Einrede kann man sich deshalb im Civilrecht, nach dessen oben angedeutetem Wesen, nur unter dem Gesichtspunkte der Wiederaufhebung des unbestrittenen Vordersatzes (der gesetzlichen Begründungsart) denken.[13])

Da das Civilrecht aber aus dem Leben hervorgegangen, das Element des Lebens aber die Mannichfaltigkeit ist, so muß es natürlich seinen Bestimmungen die größtmöglichste Dehnbarkeit verleihen, damit die verschiedenen Fälle des Lebens darunter passen. Da nun das Civilrecht keinen einzelnen Fall des Lebens im Voraus im Auge haben kann, so kann es auch unmöglich im Voraus sagen, wie ein solcher concreter Fall beschaffen sei. Für den einzelnen Fall ist also civilrechtlich eine Einrede nicht denkbar, sobald der Vordersatz, die Begründungsart, nicht fest-

---

[12]) Damit stimmt im Wesentlichen auch B. Hollweg Vers., S. 349 gegen Ende, überein.

[13]) Es tritt dabei oft das Verhältniß der Ausnahme zur Regel ein, aus welchem Gesichtspunkte auch die Worte Bethm. Hollwegs Vers. 356, Nr. 4, namentlich S. 337 am Anfang, mit dem von uns aufgestellten Satze übereinstimmen. Ganz deutlich zeigt sich die Richtigkeit des oben aufgestellten Begriffs der civilrechtlichen Einrede in den Worten des Code civil. Art. 1315: Celui qui reclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. — Reciproquement qui prétend être libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.

steht, und da nun im Leben nur dasjenige einer rechtlichen Beurtheilung unterliegen kann, was in die Erscheinung tritt, also Thatsachen oder erkennbare Zustände und Verhältnisse, der Vordersatz also nur auf Thatsachen oder erkennbaren Zuständen beruhen kann, und das Civilrecht diese nicht vorausbestimmt, so kann es auch für den einzelnen Fall den Vordersatz nicht feststellen, woraus zugleich hervorgeht, daß dasjenige ursprünglich keine civilrechtliche Einrede sein kann, was den oben bezeichneten civilrechtlichen Vordersatz in Frage zieht.

Diesen Vordersatz zu ermitteln, ist gerade die Aufgabe des Civilprozesses. Bei ihm handelt es sich nicht um Abstractionen, sondern blos um thatsächliche Verhältnisse und Zustände. Diese können jedoch nur dann als vorhanden betrachtet werden, wenn sie juristisch gewiß sind. Diese juristische Gewißheit giebt der Beweis, und wie dieser Beweis geführt werde, bestimmt der Civilprozeß.

Der Richter steht nun in der Weise über dem Civilrecht und über dem Prozesse, daß er durch keines von beiden sich einseitig leiten lassen darf, sondern beide berücksichtigen muß, indem die Realisirung des Civilrechtes sein Ziel, der Weg aber, welcher ihn dahin führt, der Civilprozeß ist. Das Civilrecht giebt ihm den Maßstab in die Hand, einen Anspruch (z. B. eine Klage), welcher bei ihm erhoben wird, vorläufig zu prüfen, ob er nach den Bestimmungen des Civilrechtes irgend wie Gültigkeit haben könne. Hier ist also der civilrechtliche Gesichtspunkt vorherrschend. Da aber das Civilrecht für den einzelnen Fall nichts vermuthet, so erklärt der Richter blos, daß die Erhebung des Anspruches im Allgemeinen zuläßig sei ohne Präjudiz für den vorliegenden Fall. Widerspricht der Beklagte, daß der von dem Kläger behauptete civilrechtliche Vordersatz für den einzelnen Fall wahr sei, indem er entweder die klägerischen Thatsachen oder den klägerischen Schluß oder die Thatsachen resp. das ganze Verhältniß in derjenigen Darstellung, wie Kläger es vorbringt, bestreitet, so stößt er durch diese bloße Erklärung den von dem Kläger behaupteten civilrechtlichen Vordersatz bezüglich der bisherigen scheinbaren Wahrheit um, in-

dem ja das Civilrecht selbst sagt, daß das Leben zu mannigfaltig sei, um eine civilrechtliche Abstraction ohne weiteres auf einen Fall aus dem Leben übertragen zu können. Allein die Gesetze bieten, um diese scheinbare Härte zu mildern und um ein gewisses Gleichgewicht zwischen den Parteien herzustellen, selbst eine Vermittelung und zwar durch den Beweis. Es unterliegt hierbei keinem Zweifel, daß Derjenige, welcher etwas behauptet, es beweisen muß. Giebt Kläger den obigen Widerspruch des Beklagten nicht zu, so behauptet er damit, daß der von ihm in der Klage angeführte Fall sich gerade so und nicht anders verhalte, wie er ihn dargestellt habe, und daß er deshalb unter den von ihm gewählten Gesichtspunkt passe. Sind daher die Einwendungen des Beklagten anders relevant, so muß Kläger den einzelnen Fall in seiner Ausschließlichkeit beweisen, da das Civilrecht ohne Beweis für den einzelnen Fall nichts vermuthet, sondern bloß den Maßstab der Zulässigkeit im Allgemeinen abgiebt.[14]) Man kann demnach von Einreden im Civilprozesse eigentlich gar nicht sprechen, wenn man damit keinen besonderen Begriff verbinden will. Will man blos sagen wie Bayer: bei einer Einrede denke man zunächst nur daran, daß die Klage dadurch vereitelt werden könne, so ist dies nichts Eigenthümliches, da ja jede Vertheidigung des Beklagten diesen Zweck hat, selbst diejenige, welche Beklagter unbezweifelt nicht zu beweisen hat, z. B. eine reine Ableugnung der vom Kläger als wahr behaupteten Thatsachen. Es wäre dann „Einrede" gleichbedeutend mit Einwendung im allgemeinsten Sinne des Wortes, wie es z. B. mit dem Worte exceptio zur Zeit Justinians der Fall war.[15])

Will man aber mit „Einrede" einen besonderen Begriff im Prozesse verbinden, so kann man nur dasjenige eine Einrede nennen, was Kläger nicht, also der Beklagte zu erweisen, nicht aber, was nicht der Beklagte, sondern der Kläger zu

---

[14]) Worin diese Ausschließlichkeit im Einzelnen bestehe, davon wird weiter unten, besonders §. 20 die Rede sein.

[15]) Vgl. Albrecht, S. 108.

beweisen hat. Einrede und Beweis sind im Civilprozesse ganz adäquat, und will man für den Civilprozeß, ohne Rücksicht auf das Civilrecht, einen Begriff von Einrede aufstellen, so muß man sagen: Einrede ist Alles, was der Beklagte zu beweisen hat, und Einrede ist nicht, was er nicht zu beweisen hat.

Hier sind wir an dem Punkte angelangt, wo das Civilrecht und der Civilprozeß zusammen stoßen. Um diesen Zusammenstoß so zu leiten, daß daraus keine Beschädigung und Verwirrung entstehe, werden wir naturgemäß darauf geführt, zu untersuchen, was zur Intention des Klägers, d. i. zu dessen Klaggrund gehöre, wovon jedoch des Zusammenhanges wegen erst §. 10 u. fg. ausführlich die Rede sein kann.

§. 6.

Fortsetzung.

Wir haben oben gesehen, was man unter Civilrecht und was man unter Civilprozeß zu verstehen habe und wie beide sich zu einander verhalten. Wir haben ferner gesehen, was nach dem Civilrechte allein dazu gehöre, damit ein Anspruch als gültig, eine Klage im Allgemeinen als zuläßig erscheine, was nach Civilrecht rationell als Einrede zu betrachten sei, sowie was man im Civilprozesse unter Einrede im Gegensatze zu Demjenigen, was Kläger zu beweisen habe, allein betrachten könne. Es ist ferner ohne Zweifel, daß vor Gericht ein Zusammentreffen des Civilrechts und des Civilprozesses unvermeidlich ist, sobald man an eine wirkliche Thätigkeit des Gerichtes in Folge eines Streites denkt.

Wie verbindet man nun beide, so daß sie neben einander und mit vereinten Kräften zu dem gemeinschaftlichen Ziele der richterlichen Entscheidung hineilen?

Wenn man zwei verschiedene Dinge, welche an sich verschiedenen Ursprung und verschiedene Zwecke haben, vereinigen will, ohne daß eines in dem andern untergehe, so ist es nöthig, daß man einem Jeden einen Theil seiner Selbstständigkeit und damit

der früheren Ausdehnung und Unbeschränktheit entziehe, damit die Coexistenz und nothwendige theilweise Vereinigung möglich sei. Dies gilt auch für das Civilrecht und den Civilprozeß bezüglich der Einrede. Ueber die Extreme, was Einrede sei und was nicht, war man wohl einverstanden, dieß lag auf flacher Hand. Allein da, wo sich beide berührten, hatten wir bisher in unserer Wissenschaft nur einen Zwitter, bei welchem eben Niemand recht wußte, cujus generis er sei.

Die obige Vereinigung resp. Gebietsentziehung findet nun für das Civilrecht statt bezüglich der inneren Mängel eines Rechtsgeschäftes, welche einen Willensfehler enthalten, für den Civilprozeß bezüglich des s. g. theilweisen (qualifizirten) Geständnisses, womit wir hier im Allgemeinen der Kürze halber nicht bloß das einfach bedingte Geständniß, sondern auch die Einrede der s. g. synallegmatischen Rechtsverhältnisse (exc. n. und n. r. ad. contr.) bezeichnen wollen.

Ehe ich nun auf die nähere Entwickelung eingehe, halte ich es der Deutlichkeit halber an seinem Orte, sogleich hier das von mir gebildete System aufzustellen, damit durch die folgende, dies System rechtfertigende Darstellung für den Leser zugleich eine Prüfung möglich sei. Zu Ende der Darstellung werde ich mit Bezug hierauf (s. §. 24) daraus den Begriff der Einrede, sowie denjenigen des Gegensatzes, nämlich der Klagabläugnung, entwickeln.

§. 7.

Bisherige Terminologie, nebst dem System der vorliegenden Abhandlung.

Vorher muß ich mich aber noch, nicht aus Neuerungssucht, sondern der Zweckmäßigkeit halber, gegen gewisse hergebrachte Terminologien erklären, nämlich gegen die bisherige Eintheilung des Beweises in directen und indirecten Gegenbeweis, von welchen der erstere von vielen Schriftstellern, z. B. von Linde, Lehrb. §. 236, wieder in direct-mittelbaren und direct-unmittelbaren eingetheilt wird. Daß diese Eintheilung, welche von einem einseitigen

Standpunkte ausgeht, und wogegen sich deshalb Gönner und Albrecht [16]) schon mit Recht erklärt haben, nur zu Verwirrungen führe und mit den bisherigen fehlerhaften Begriffen über Einrede zusammenhänge, zeigen nicht blos die bisherigen wissenschaftlichen Erörterungen, sondern auch die Anwendung zur Genüge.

Eben so muß ich mich mit Albrecht gegen die bisherige Eintheilung der Einreden in dilatorische und peremptorische erklären, da diese seit dem J. R. A., obgleich darin selbst noch des frühern Unterschiedes erwähnt wird, ihre alleinige prozessualische Bedeutung verloren hat. Eine nähere Begründung kann jedoch darüber erst weiter unten gegeben werden (s. §. 23).

Meine Ansicht über den hier zu behandelnden Stoff, nämlich über den Unterschied zwischen Klagableugnung und Einrede, besteht nun im Wesentlichen darin:

Jede Vertheidigung des Beklagten ist entweder

I. Klagableugnung, oder

II. Klagzugeständniß, verbunden mit Einreden, oder

III. eventuelle Verbindung von II. mit I.

Die einzige Veranlassung der civilrichterlichen Thätigkeit ist die Anstellung einer Klage. Zu jeder Klage gehören bestimmte Erfordernisse, welche sich entweder auf die Form, oder auf den Inhalt, die Sache beziehen. Da nun bezüglich beider sowohl eine Ableugnung, wie auch wahre Einreden vorkommen können, so theilt man die Vertheidigung des Beklagten weiter ein:

A. bezüglich der Form oder Prozeßführung

1) in Formableugnung,

2) in Formeinreden (Prozeßeinreden);

B. bezüglich des Inhalts oder der Hauptsache

1) in Sachableugnung,

2) in Sacheinreden.

Da ferner kein gerichtliches Verfahren ohne bestimmte Personen, und keine bestimmte Thätigkeit dieser Personen ohne ein bestimmtes Object (Streitgegenstand) denkbar ist, bei beiden aber,

---

[16]) Albrecht l. c. S. 195; Gönner Handb. B. II. Abhdlg. 41 u. 42.

sowohl Personen als Streitgegenstand, eine gewisse äußere Erscheinung, eine Form, nämlich Persönlichkeit im Allgemeinen und Art und Weise des Vorbringens, auf der andern Seite aber auch bei beiden ein inniges Verhältniß zu dem bestrittenen Rechte selbst theils nöthig ist, theils blos gedacht wird, so müssen die obigen Eintheilungen unter A und B sämmtlich sowohl auf die Personen, wie auf den Gegenstand des Verfahrens Anwendung finden.

Ich behaupte ferner:

1) Jede Klagableugnung ist blos Gegenstand des (s. g. directen) Gegenbeweises; das Gegentheil der der Klagableugnung zu Grunde liegenden Behauptungen gehört also zum Vorbeweise des Klägers, resp. zum Klaggrunde.
2) Nur die wahre Einrede ist für den Beklagten Gegenstand eines selbständigen und nothwendigen Hauptbeweises, des (s. g. indirecten oder) Einredebeweises.

§. 8.

Fortsetzung zu §. 6.

Wir haben oben zwar gesagt, das Civilrecht sei dem größten Theile nach blos ein subsidiäres und nur zum geringen Theile absolut, d. h. ge- oder verbietend. Allein es ist nichts desto weniger insofern kategorisch, als ein Anspruch nur dann geltend gemacht werden kann, wenn er unter den allgemeinen Maßstab des Civilrechtes paßt. Nur in Bezug auf die Möglichkeit der mannigfaltigsten Begründung von Rechten und Pflichten ist es subsidiär. Wir haben oben ferner gesehen, daß der Prozeß nur dann vorkommen könne, wenn das Civilrecht ihm zur Grundlage gegeben sei. Erhebt nun Jemand eine Klage bei Gericht, so nimmt er nicht blos den Civilprozeß, sondern auch das Civilrecht für sich in Anspruch. Es legt ihm aber nicht blos das Civilrecht an sich, sondern auch der Prozeß selbst einseitig gewisse Verpflichtungen auf, gleichsam als Vorbedingung jeder richterlichen Thä-

tigkeit. Es sind dies Erfordernisse, welche der Richter beinahe sämmtlich auch ex officio zu prüfen und deshalb ex officio im Zweifel den Nachweis des Vorhandenseins zu fordern hat; Erfordernisse, welche als ein Vorverfahren für das Verfahren über den erhobenen Anspruch selbst erscheinen, und, da sie sich blos auf die Form im Allgemeinen beziehen, als Formverfahren im Gegensatz zu dem Hauptverfahren bezeichnet, und das Klagrecht in dieser Beziehung ein formelles und ein materielles genannt werden kann. Auch sind diese Erfordernisse sowohl für die Personen, wie für die Sachen nöthig, und bei beiden läßt sich die Vertheidigung des Beklagten in eine (Form-) Ableugnung wie in (Form-) Einrede, gerade so wie bezüglich des erhobenen Anspruches selbst eintheilen. Was nun als Ableugnung, was als Einrede zu betrachten sei, soll weiter unten (§. 23) erörtert, und hier nur im Allgemeinen angeführt werden, was zur Form überhaupt gehöre. Dazu sind nämlich die Erfordernisse zu rechnen, welche man

1) im Allgemeinen unter dem Ausdruck der persona standi in judicio (d. h. die allgemeine Prozeßführungsfähigkeit beider Parteien) begreift, sodann
2) die Fähigkeit des Streitgegenstandes im Allgemeinen,
3) die Competenz des Gerichtes und
4) die Beobachtung der allgemeinen, für alle prozessualischen Verhandlungen vor Gericht nothwendigen Formen. [17])

Bezüglich der Hauptsache selbst müssen wir nun Folgendes feststellen:

Der Prozeß hat auf die Bestimmungen des Civilrechtes an sich durchaus keinen Einfluß. Die Civilrechte müssen wir uns, sobald wir an den Prozeß denken, in der größten Vollkommenheit, in der allseitigsten Bestimmtheit und Uebereinstimmung vorstellen. Es wird wenigstens vom Richter verlangt, daß er seine

---

[17]) Vergl. im Uebrigen Vorst §. 41. 42. 44. 45. 49. 55 fg.

Gesetze nicht blos kenne, sondern daß er auch darüber mit sich im Klaren sei; er muß für jeden Fall, der ihm vorgelegt wird, eine gesetzliche Entscheidung geben, und deshalb bei zweifelhaften Gesetzen mindestens seine eigene Ansicht haben. Dies wird als unbedingt vorhanden vorausgesetzt. Anders verhält es sich mit den Streitfällen, welche ihm zur Entscheidung, d. i. zur Subsumption unter die Civilrechtsbestimmungen vorgelegt werden. Diese Streitfälle braucht und kann er nicht im Voraus wissen. Es ist eine alte und unbestrittene Wahrheit, daß der Mensch nicht allwissend sei, daß er mit Sicherheit nur Dasjenige wissen und beurtheilen könne, was und wozu ihm in der Erscheinungswelt ein Anhaltspunkt geboten wird. Diese Wahrheit ist in alle Gesetze übergegangen, und deshalb insbesondere dem Richter zur unbedingten Vorschrift gemacht worden, daß er nur auf Thatsachen hin urtheilen könne. Es müssen also für jede richterliche Entscheidung thatsächliche Verhältnisse des Lebens zu Grunde liegen, obgleich es von diesen aus erlaubt ist, theils nach Natur- und Erfahrungssätzen, theils nach speziellen positiven Gesetzen auf das Vorhandensein anderer Verhältnisse, welche nicht geradezu dem Auge des Richters vorliegen, zu schließen.

Dieser Grundsatz ist für den gemeinen deutschen Civilprozeß noch erweitert durch den Grundsatz der s. g. formellen Wahrheit, worüber §. 19 besonders handelt, und besonders anerkannt in der Verhandlungsmaxime.

Der Richter kann nach diesen Grundsätzen nur auf den Grund von Thatsachen, und zwar nur solcher, welche unbestritten sind, hin urtheilen. Als unbestritten wird aber nicht blos Dasjenige betrachtet, was der Gegner einer Partei zugiebt, sondern auch Dasjenige, was nach den Regeln des Prozesses als bewiesen, d. h. als in der Welt noch vorhanden oder vorhanden gewesen, betrachtet wird.

Die hauptsächlichste Thätigkeit des Richters besteht, mit Ausnahme der nur mechanischen Prozeßleitung, eigentlich nur in Reflexion. Er reflectirt Schritt vor Schritt mit dem Vorbringen der Parteien. Die Endreflexion nun, deren Ausdruck die Ent-

scheidung über einen bestrittenen Punkt giebt [18]), ist theils eine schnellere, leichtere, theils eine verwickelte und deshalb verzögerte, je nachdem die von den Parteien zu Grunde gelegten Behauptungen in dem obigen Sinne unbestritten, d. h. zugestanden oder bewiesen sind oder nicht. Wird eine Klage unbedingt zugestanden, so ist von einem Prozesse eigentlich gar keine Rede; die Reflexion des Richters kann sogleich erfolgen. Vertheidigt sich jedoch der Beklagte, so wird die Frage von Bedeutung, wie er sich vertheidige, und damit, ob er leugne oder einrede.

§. 9.

In welcher Weise kann ein Anspruch unter den Parteien bestritten sein?

Bestritten kann nun ein Anspruch unter den Parteien in folgender Weise sein:

1) Blos bezüglich des rechtlichen Gesichtspunktes, unter welchen das unbestrittene Sachverhältniß falle, um daraus die im Civilrecht begründeten Consequenzen (vergl. darüber besonders unten §. 10) zu ziehen;

2) nicht über den rechtlichen Gesichtspunkt, sondern blos über das Sachverhältniß, ob überhaupt ein solches, oder ob in dem behaupteten Umfange, resp. ob überhaupt eine Verbindlichkeit, und in welchem Umfange vorhanden sei. Die Parteien sind also hier einverstanden, unter welchen rechtlichen Gesichtspunkt, unter welche Kategorie des Civilrechtes der fragliche Anspruch in jedem Falle zu stellen sein würde; oder

[18]) d. h. die Reflexion ist die innere Thätigkeit des Richters, die seinen Willen bestimmt, in welcher Weise er als entscheidende Behörde mit seinem Urtheile zwischen die streitenden Parteien treten soll. Das Urtheil in seiner formellen Erscheinung ist zwar äußerlich die wichtigste Thätigkeit des Richters; allein sobald der Richter seine Reflexion abgeschlossen hat, ist seine Thätigkeit gleichsam nur eine mechanische, d. h. daß er das Urtheil in forma probante niederschreibe und publicire.

3) die Parteien sind über das Sachverhältniß und den rechtlichen Gesichtspunkt, und zwar überhaupt, oder auf den Grund und in Folge des bestrittenen Sachverhältnisses uneinig.

Bei Entscheidung dieser Streitigkeiten kann die Reflexion des Richters eine schnellere oder eine verzögerte sein, je nachdem er, nach der gewöhnlichen Eintheilung in dem Prozesse, seine Endreflexion schon am Schlusse der sogenannten ersten oder Vorverhandlungen anstellen, resp. Endbescheid geben kann, oder ob er dazu noch das gewöhnlich s. g. eigentliche Beweisverfahren nöthig hat.

Ersteres findet in der Regel bezüglich des ganzen oben genannten Formverfahrens (s. g. dilatorische Einreden) und bei dem Sachverfahren bezüglich der gewöhnlich s. g. Deduction gegen die Klage statt. Ich will damit nicht sagen, daß es bei dem Formverfahren kein s. g. eigentliches Beweisverfahren geben könne. Dies ist recht gut möglich, und jedesmal der Fall, sobald die Thatsachen bestritten sind, wo dann das oben sub 2 oder 3 bezeichnete Verhältniß eintritt; obgleich man auch ohne das eigentliche Beweisverfahren in dem Formverfahren (gewöhnlich s. g. dilatorische Einreden) wie in dem Haupt- oder Sachverfahren von Ableugnung und Einreden sprechen kann. In der Regel wird zwar die Vertheidigung des Beklagten für das Formverfahren (Prozeßführung) blos in einer Ableugnung des formellen Klagrechts bestehen. Die obige Behauptung, man könne auch ohne das eigentliche Beweisverfahren von Klagableugnung und Einrede sprechen, ist jedoch nur mit Bezug darauf zu verstehen, daß nicht blos Dasjenige als bewiesen zu betrachten ist, was durch die gewöhnlichen fünf s. g. natürlichen Beweismittel dargethan wird, sondern daß zum Beweise auch noch andere Mittel, z. B. Geständniß, Vermuthungen, Notorietät dienen. Oft bedarf es anstatt des Beweises blos der Berufung auf das Gesetz, was sehr häufig, namentlich bei dem oben sub 1 genannten Falle, für die juristische Gewißheit des klägerischen Anspruches nöthig ist. Daß dabei, wie überhaupt

auf die Fassung der Gesetze sehr viel ankommt, bedarf keiner Erörterung. [19])

§. 10.

Haupt- oder Sach-Verfahren.

Gehen wir nun für das oben s. g. Haupt- oder Sachverfahren auf die Frage näher ein: Was muß bewiesen werden, d. h. was muß Kläger als Klaggrund anführen, und was erscheint dagegen als Einrede, so glaube ich vorerst einen Anhaltspunkt in der Art und Weise zu finden, wie das Civilrecht Rechte und Pflichten entstehen läßt, nämlich mit oder ohne Zuthun der Menschen, d. h. entweder unmittelbar durch das Gesetz, welches blos gewisse Zustände oder Verhältnisse verlangt, oder in Folge menschlicher Handlungen und zwar durch einseitige oder durch zweiseitige (d. h. durch Uebereinstimmung des Willens mehrerer Personen bezüglich desselben Gegenstandes.)

Uebersichtlich würde sich die Sache also so darstellen:

I. Begründet werden einseitig:

1) Rechte;

α. unmittelbar durch das auf gewisse Zustände oder Verhältnisse sich stützende Gesetz, z. B. Recht auf Alimentation, Intestaterbrecht, benef. competentiae, alluvio,

β. durch einseitige Handlungen, z. B. Occupation, Specification, Ersitzung (soweit bei dem titulus kein Vertrag zur Sprache kommt).

2) Pflichten;

α. unmittelbar durch das Gesetz, z. B. bei der Alimentation, namentlich der unehelichen Kinder, und Beerdigung;

---

[19]) Vergl. darüber noch Weber Beweis S. 166, 4. und dazu die Rev. von Heffter S. 283 fg. Brost l. c. §. 84. Heerwart l. c. S. 218 fg. Bethm.-Hollweg Versuche S. 352 a. E.

β. durch einseitige Handlungen, wohin namentlich alle Delicte und Schadenszufügung außer Obligationsverhältnissen gehören.

II. Zweiseitig werden Rechte und Verbindlichkeiten begründet durch Vertrag, dessen Gesetze zur Anwendung kommen, einerlei, ob der Klaganspruch unmittelbar oder blos mittelbar darauf gestützt wird.

In diese letztere Kategorie fallen auch die letztwilligen Zuwendungen, weil dabei eigentlich stets ein Vertrag, nämlich eine Offerte von Seiten des Erblassers und eine Acceptation von Seiten des Bedachten vorliegt, und ebenso die einseitigen Versprechungen, weil sie für unsere Frage den Verträgen ganz gleich stehen, und das Wesen derselben nicht in dem Mangel der Acceptation, sondern darin besteht, daß eine Stipulation nicht nöthig ist.[20])

Wir haben oben behauptet (s. §. 5), nach dem heutigen Standpunkte des Civilrechtes, sowie des Civilprozesses, sobald man sich dieselben ganz getrennt und selbstständig vorstelle, könne für das erstere eine wahre Einrede nur diejenige sein, welche einen in dem Civilrecht gebilligten Wiederaufhebungsgrund eines von dem Civilrecht anerkannten bestehenden Rechtsverhältnisses enthalte; für den Civilprozeß sei Alles eine Einrede, was Beklagter anführen und beweisen müsse.

Wir haben auch ferner behauptet, daß durch die Vereinigung des Civilrechtes und Civilprozesses an diesen Begriffen eine Modification eintrete, und zwar für ersteres bezüglich der im Allgemeinen s. g. Willensfehler oder Willensmängel, für letzteren bezüglich des im Allgemeinen s. g. qualifizirten Geständnisses.

Nach dem Civilrechte wird nämlich für alle durch Handlungen der Menschen entstehende Rechte und Pflichten Fähigkeit der Personen und Fähigkeit des Gegenstandes im vollsten Sinne

---

[20]) Vergl. Mühlenbruch Lehrbuch der Pand. 4. Aufl. Thl. II. §. 347, Note * und die dort angeführte Sammlung von Rechtsfällen von Kritz, Band 2, Nr. 9, §. 5 fg., wonach Pollicitationen heut zu Tage den Schenkungsverträgen ganz gleichstehen sollen.

des Wortes, sowie ferner gefordert, daß allen übrigen durch das Civilrecht bei den einzelnen Lehren aufgestellten Erfordernissen Genüge geleistet werde, um auf Realisirung des beanspruchten Rechtes vor Gericht hoffen zu dürfen. Es müßte also Kläger in seiner Klage anführen, und im Falle des Widerspruches von Seiten des Beklagten beweisen, daß sowohl die berechtigten, wie auch die verpflichteten Personen bei Begründung des zur Klage gebrachten Verhältnisses vollkommen willensfähig, willensfrei und zurechnungsfähig gehandelt hätten. Allein theils durch den im Civilprozeß vorwaltenden Grundsatz der s. g. förmlichen Wahrheit, — welcher Grundsatz jedoch auch für den Prozeß seine hauptsächlichste Bedeutung erst bei Prüfung der gebrauchten Beweismittel äußert, wovon später, — theils durch die dem Civilrechte nicht abzusprechende ethische Grundlage, und die daraus fließenden Fundamentalsätze, daß für die Freiheit, für das Gute und Rechte, für die Rechtmäßigkeit eines bestehenden Zustandes vermuthet werde, ist man berechtigt, diejenigen Einwendungen des Beklagten, welche einen vorhandenen Willensfehler oder Willensmangel für den vorliegenden Fall rügen, also namentlich Zwang, Irrthum, Betrug, Minderjährigkeit, Trunkenheit, Wahnsinn u. dergl. dem Klaggrunde zu entrücken, und dem Gebiete der prozessualischen Einrede zu übergeben, wozu die Römer schon theils durch die Formen, in welche ihr Civilrecht eingezwängt war, namentlich aber durch die Eigenthümlichkeit ihres prozessualischen Verfahrens genöthigt waren.

Außerdem darf aber dem Gebiete des Civilrechts nichts entzogen werden, namentlich nichts, was das Thatsächliche des eingeklagten Verhältnisses betrifft, und zu diesem Thatsächlichen gehört unzweifelhaft jede Bedingung, an welche die Geltendmachung desselben bei der Entstehung geknüpft wurde, sei es ausdrücklich oder nach der Natur des einzelnen Verhältnisses, wie namentlich bei den s. g. synallagmatischen Rechtsverhältnissen. Unter diesen Bedingungen verstehe ich jedoch nur die eigentliche conditio, welche von der Willkür eines freien Menschen abhängt, und welche nur bei den oben sub 2 genannten Rechtsverhältnissen, nämlich Verträgen, letztwilligen Zuwendungen und Pollicitationen vorkommt,

nicht aber auch die schon in dem Civilrechte geforderten Voraussetzungen des eingeklagten Rechtsverhältnisses; denn darüber ist kein Streit, oder wir können denselben wenigstens hier nicht berücksichtigen, da wir nothwendig von der allseitigen Bestimmtheit und Klarheit des Civilrechts ausgehen müssen.

Nehmen wir nun die oben gemachte Eintheilung, in welcher Weise civilrechtlich Rechte und Verbindlichkeiten begründet werden, zu Hülfe, um zu entscheiden, was zum Klaggrunde gehöre und was als Einrede erscheine, und sehen wir ab von den bereits beurtheilten Hindernissen, welche in dem Mangel oder einem Fehler des Willens liegen, also sehen wir auf das rein Thatsächliche, so unterliegt es keinem Zweifel, daß für alle Fälle, welche unter Nr. 1 aufgeführt wurden, wo nämlich Rechte und Verbindlichkeiten einseitig begründet werden, Kläger blos einfach seine schlichte Behauptung, die von dem Civilrechte aufgestellten Voraussetzungen [21]) beweisen muß, weil die gegentheiligen Behauptungen des Beklagten nur darin bestehen können, daß er entweder die klägerischen Thatsachen geradezu ableugnet, oder eine von dem

---

[21]) In diesem Sinne legt Gett (practische Erörterungen aus dem gesammten Gebiete der Rechtswissenschaft, Erörterung XXV, Erlangen 1845) ganz richtig dem Kläger, bezüglich der Behauptung der clandestinitas und des vi ausgeübten Besitzes, gegenüber der auf Ersitzung gestützten Confessorienklage, den Beweis auf, daß die Dienstbarkeit nicht vi, clam oder precario ausgeübt worden sei. Jedoch gebe ich diese Beweisführung des Klägers nur im Principe zu. Denn der Kläger kann diesen Beweis nur durch Thatsachen führen, und dafür, daß diese für den Fall des objectiven Beweises nec vi, nec clam, nec precario stattgefunden, streitet die Vermuthung, weshalb ich Dasjenige zu berücksichtigen bitte, was unten §. 18 zu Bayer in dieser Beziehung gesagt ist. Die von Gett l. c. S. 233 gelegentlich aufgestellte Regel zur Unterscheidung zwischen Klagableugnung und Einrede habe ich mir, offen gesagt, nicht recht klar machen können. Dieselbe lautet nämlich: „Der Prüfstein, ob ein Vorbringen des Beklagten bloßes Ableugnen des Klaggrundes oder reine Einrede sei, ist immerhin, daß man forsche, inwiefern, auch zugegeben das Thatsächliche des Klagegrundes, durch das allenfalls erwiesene fragliche Vorbringen des Beklagten, die Klage in ihrer rechtlichen Grundlage zerstört wurde, oder ob nicht vielmehr, sofern man den thatsächlichen Klaggrund als richtig einräumt, man in Widerspruch gerathen würde, wollte man auch noch fraglichen Einwand entgegensetzen."

Gesetze selbst gemachte Ausnahme, welche unter den Gesichtspunkt der Wiederaufhebung der von dem Gesetze gemachten Regel fällt, behaupten muß. Es sind zwar hierbei sehr wahr die Worte, welche Bethmann-Hollweg in seinen Versuchen S. 368 cf. äußert: „Die meiste Schwierigkeit rührt von der Beantwortung der Frage her, welches die den Begriff eines Rechtes oder Rechtsgeschäftes begründenden Merkmale oder Bedingungen seien, wie viel demnach von Demjenigen, der ein Recht behauptet, zu beweisen sei; diese Schwierigkeit kann aber auch nur durch Untersuchung der rechtlichen Natur der einzelnen Verhältnisse gelöst werden, und es wäre deshalb zu wünschen, daß die Civilisten in dieser Beziehung wieder zu der älteren Weise zurückkehren, und in Behandlung einzelner Rechtsmaterien diese eigentlich practische Seite mehr berücksichtigen möchten. So ist dies wirklich in der neueren Zeit von Savigny für den Besitz, von Thibaut für das Eigenthum geschehen. Und von diesem Standpunkte aus ist es Hasse möglich geworden, in den quellenmäßigen und ächt practischen Zusammenhang des schwierigsten Theils der Lehre von der Culpa einzudringen." Allein wir müssen, wie schon oben erwähnt, davon ausgehen, daß der Richter in Bezug auf das Civilrecht und dessen Voraussetzungen zur Schlichtung eines Prozesses jedenfalls seine bestimmte Ansicht mitbringe. Es genügt deshalb vollständig, wenn Kläger die civilrechtlich feststehenden Erfordernisse, z. B. der Occupation, der Specification, des Intestaterbrechtes, des auf Verwandtschaft gegründeten Rechtes auf Alimentation, der Alluvion, die Thatsache des Besitzes, die thatsächlichen Voraussetzungen der stillschweigenden gesetzlichen Pfandrechte, des gesetzlichen Nießbrauches, die positive Schadenszufügung anführe resp. beweise, um gegen alle Einwendungen des Beklagten, die nicht in dem Gesetze schon als Befreiungs- resp. Wiederaufhebungsgründe bezeichnet sind, sicher zu sein. [22])

---

[22]) Ueber den Beweis des dolus und der culpa sagt Mühlenbach Pand. 4. Aufl. Bd. I. §. 147. VII. sehr richtig: Es liegt Demjenigen, welcher den Grund seiner Klage oder exceptio auf dolus oder culpa des Gegners

Das Civilrecht läßt nun oft allerdings verschiedene Begründungsarten des nämlichen Rechtes zu. Allein Kläger braucht, so weit kein Vertrag in Rede steht, nur eine einzelne civilrechtlich genügende Begründungsart zu behaupten, um mit dem einfachen Beweis zu gewinnen; er braucht, falls er z. B. behauptet, er habe Eigenthum durch Specification erworben, und Beklagter wendet ein, Kläger habe es blos durch Occupation erworben, nicht das Gegentheil der Behauptungen des Beklagten darzuthun, weil der Beweis der civilrechtlichen Erfordernisse der Specification genügt, um Eigenthum zu erwerben, weil die Behauptungen des Beklagten auf das Recht des Klägers gar keinen Einfluß äußern. Ganz anders aber verhält sich die Sache bei den oben sub 2 genannten Fällen, nämlich Verträgen und den ihnen gleichstehenden letztwilligen Zuwendungen und Pollicitationen, falls Beklagter vorschützt, Kläger habe das Thatsächliche des vorliegenden Verhältnisses nicht genügend angeführt, indem er eine ausdrückliche oder stillschweigende conditio, von welcher sein Anspruch abhänge, verschwiegen oder nicht berücksichtigt habe. Denn für alle diese Fälle vermuthet das Civilrecht ebensowenig etwas, wie es in den obigen Fällen für das Thatsächliche etwas vermuthet. Die Irrungen vieler Rechtslehrer rühren theils daher, daß sie keinen Unterschied zwischen den erwähnten Fällen machten, theils daher, daß sie den Standpunkt des Richters bei Erlassung des Beweisinterlocuts nicht von demjenigen bei Prüfung des geführten Beweises sonderten; namentlich zeigt sich dies recht deutlich überall, wo Urkunden im Spiele sind, worüber §. 21 besonders handelt.

Wenn auch z. B. das Civilrecht sagt, um einen Kaufvertrag einzugehen, muß Waare und Preis bestimmt sein, so sagt es damit

---

(oder solcher Personen, deren Handlungen dieser zu vertreten hat) stützt, dies zu beweisen ob, außer insofern die Handlung, wie sie vorliegt, schon den juristischen Beweis des dolus in sich faßt, oder nach dem für die Parteien bestehenden Rechtsverhältnisse der Gegner Fleiß und Aufmerksamkeit (mithin die Abwesenheit der culpa) zu prästiren hat. Dann ist von ihm die Einwirkung eines schädlichen Zufalls oder die Abwesenheit des dolus oder die seinerseits erforderliche gehörige Fleißanwendung darzuthun.

noch keineswegs, daß die Klage vollständig begründet sei, falls Kläger beweise, daß eine Uebereinkunft über Waare und Preis getroffen worden, wenn Beklagter die Entstehung des Rechtes, oder doch die Klagbarkeit wegen dazwischen liegender conditio leugnet, wie es auf der andern Seite z. B. genügt, daß Kläger, um mit dem rei vindicatio durchzudringen, seine schlichte Behauptung, er habe eine herrenlose Sache animo domini in Besitz genommen, oder eine fremde Sache umgeformt (specificirt), oder um die hereditatis petitio zu begründen, die einfache Behauptung, er sei nächster Intestaterbe, beweist.

Bei den meisten Rechtslehrern (z. B. Bayer l. c. S. 357. Bethmann-Hollweg S. 368) finden wir ganz allgemein für alle Rechtsinstitute den Satz aufgestellt, daß Kläger blos die essentialia negotii zur Durchführung und Begründung seines Klaggrundes anzugeben brauche. Die naturalia negotii (die von uns oben s. g. Consequenzen des Civilrechtes, welche die Römer auch unter Zurechnung der essentialia durch natura des Geschäfts bezeichneten, Mühlbr. Pand. Bd. I. §. 104, Note 2) verstünden sich von selbst, die accidentalia müßten deshalb aber von Demjenigen bewiesen werden, der sich darauf berufe, und dahin werden denn Bedingungen 2c. gerechnet. Allein schon im L. 11. §. 1. D. d. a. e. 19. 1. finden wir für das Civilrecht den ganz richtigen Satz aufgestellt: quod si nihil convenit tunc ea praestabuntur quae naturaliter insunt hujus judicii potestate. Wenn ich auch zugebe, daß dieser Ausspruch nicht geschehen ist, um damit eine Unterscheidung zwischen Klaggrund und Einrede zu begründen, weil der römische Prozeß zur Zeit Ulpians von dem unsrigen ganz verschieden war, so ersieht man doch daraus das richtige Princip des Civilrechts, daß es vor allen Dingen auf die unbeschränkte Uebereinkunft der Parteien ankommen solle, quod si nihil convenit, und daß erst dann die Bestimmung des Civilrechts (in subsidium) zur Anwendung komme: si nihil convenit.

Doch hierüber im Folgenden ausführlicher.

§. 11.

Verträge, letztwillige Zuwendungen und Pollicitationen.

Bei den in der Ueberschrift bezeichneten Instituten ist es hauptsächlich streitig, was als Klagableugnung (s. g. negative L. C.) und was als Einrede zu betrachten sei. Es kommt bei diesen Begründungsarten von Rechten und Pflichten, welche stets die Kennzeichen eines (erlaubten oder) Rechtsgeschäftes an sich tragen müssen, oft sehr darauf an, wer als Kläger auftritt, indem dann die Frage, was als Klagableugnung, was als Einrede zu betrachten sei, gewöhnlich sich geradezu umkehrt. Unbestritten hat man dabei nun stets Dasjenige als Klagableugnung angenommen, wo Beklagter einfach den Behauptungen des Klägers widersprach, wenn er also auf die Behauptung des Klägers: „Wahr" erwiederte: „Nicht wahr", oder Kläger sagte: „Schuldig", Beklagter antwortete: „Nicht schuldig."

Ebenso hat man auf der andern Seite in der deutschen Praxis unbestritten Dasjenige als Einrede erklärt, was eine Wiederaufhebung [23]) des nachgegebenen klägerischen Klaganspruchs, sowohl des civilrechtlichen Klaggrundes, wie des prozessualischen Klagrechts in thesi enthielt, was also eine civilrechtliche Ein-

[23]) Albrecht l. c. S. 210, Note 17, sagt: Bethmann-Hollweg Vers. S. 349 rechne alle Wiederaufhebungsgründe zu der Sphäre des directen Gegenbeweises. Dies ist nicht richtig. Bethmann-Hollweg l. c. sagt nur, die Einwendungen des Beklagten, welche Thatsachen enthielten, die den Untergang des Rechtes nach strengem Recht zur Folge hätten, aus welchen also die Nullität der Klage ipso jure abgeleitet werde, gehöre nicht zu den wahren Exceptionen, es seien eigentlich Thatsachen des directen Gegenbeweises, da das directe Gegentheil dessen, was Kläger behaupte und zu beweisen versuche, das Nichtdasein des von ihm behaupteten Rechtes, dadurch bewahrheitet werden solle. Diese Behauptung Bethmann-Hollwegs bezieht sich nur auf das strenge römische Recht und ist dafür unbezweifelt richtig. Bethmann-Hollweg zählt aber später S. 371 als zum indirecten Gegenbeweis gehörig ausdrücklich unter Nr. 2 die Thatsachen auf, die das einmal entstandene Recht des Klägers später ipso jure zerstört haben, z. B. solutio.

rede nach dem von uns oben gegebenen Begriffe war, und es mußte dann im ersten Falle Kläger, im zweiten Beklagter den Beweis führen.[24])

Zweifelhaft aber war es, wie es mit den inneren Mängeln eines Rechtsgeschäftes zu halten sei, durch deren Vorschützen Beklagter die Willensfähigkeit[25]) oder die Richtigkeit des Willens,[26]) welche zu Entstehung des Rechtsgeschäftes nöthig waren, leugnete, sowie zweitens wie bezüglich des s. g. qualificirten Geständnisses zu entscheiden sei.

Hier zeigt sich hauptsächlich die bisherige Vermischung des civilrechtlichen mit dem civilprozessualischen Gesichtspunkte. Darüber, daß Kläger seinen Klaggrund, Beklagter seine Einrede beweisen müsse, ist man im Principe nicht streitig. Ebensowenig darüber, daß diese Beweise selbständige, s. g. Haupt- oder Vorbeweise (probatio incumbit ei qui agit, reus excipiendo fit actor), sowie daß sie nothwendig sind, damit der Klagende oder Einredende nicht sachfällig werde. Auch darüber streitet man nicht im Principe, daß diejenige Vertheidigung des Beklagten, welche keine Einrede ist, Klagableugnung, und daß diese nur Gegenstand des blos nachzulassenden (s. g. directen) Gegenbeweises sei. Was nun aber den ersten der oben genannten Punkte, nämlich die s. g. Willensfehler betrifft, — über welche schon oben §. 10 Einiges gesagt wurde, welche aber hier mit Bezug auf Verträge und die denselben gleichstehenden Rechtsgeschäfte (s. §. 10) noch besonders betrachtet werden müssen — so rechneten manche Schriftsteller sie zu der Sphäre des (s. g. indirecten oder) Einredebeweises, andere zu dem (s. g. directen) Gegenbeweis. Bei sämmtlichen Schriftstellern aber finden wir eine verwirrende Vermischung des civilrechtlichen mit dem civilprozessualischen Gesichtspunkte.

---

[24]) C. G. O. von 1555. P. III. Tit. XVI. u. XXVI.

[25]) Sei es im Allgemeinen, z. B. Minderjährigkeit, Wahnsinn, oder für den einzelnen Fall, z. B. Einrede der Furcht.

[26]) Z. B. bei Betrug und Irrthum.

Wir wollen zum Beweise unserer Behauptung die Ansicht von Borst l. c. §. 64 betrachten, welche Albrecht l. c. S. 200 Anm. 16 tadelt. [27]) Borst sagt nämlich l. c., die Zwang oder Furcht bewirkende Thatsache bilde eine Einrede, welche bewiesen werden müsse. Zwar sei die Einrede der Furcht oder des Zwanges keine wahre rechtszerstörende Einrede, weil Zwang und Furcht nicht ein entstandenes Recht vernichteten, sondern nur durch ihre Einwirkung dessen Entstehung hindern könnten. Der Beweis hierfür sei deshalb auch dem Begriffe nach kein Vor-, sondern Gegenbeweis.

Das Civilrecht fordert nämlich zu jedem gültigen Vertrage (sowie überhaupt zu jedem Rechtsgeschäfte):

1) Fähigkeit der Personen;
2) eine freie Willensbestimmung, eine ernste Willensmeinung und eine freie, ernste Willensäußerung.

Will also Kläger ein aus einem Rechtsgeschäfte entspringendes Recht geltend machen, so muß er nach dem Civilrechte das Vorhandensein dieser Erfordernisse in der Klage behaupten, und wenn er dieß nicht ausdrücklich thut, so müßte es stillschweigend als in der Klage mitenthalten betrachtet werden, da es

---

[27]) Der von Albrecht ausgesprochene Tadel ist zwar materiell gegründet, allein durchaus nicht durch die Gründe, welche Albrecht anführt. Denn abgesehen davon, daß Albrechts eigne Darstellung ziemlich unklar und gezwängt ist, beruht sie ebenfalls auf der oben gerügten Verwechslung, und in Folge dieser auch auf der, theilweise daraus folgenden Vermischung des richterlichen Standpunktes am Schlusse der Vorverhandlungen mit demjenigen am Schlusse des Beweisverfahrens. Albrecht erwähnt zwar selbst S. 199 den allgemein anerkannten Grundsatz, daß man im Gegensatze zu dem früheren Prozesse jetzt das Vorverfahren von dem Beweisverfahren, als einem abgesonderten Stadium des Processes, trenne, aber keineswegs um etwa der oben gerügten Verwechslung zu begegnen. Wie überhaupt die ganze Schrift von Borst, so zeigt auch §. 64 cit. mit Ausnahme der gerügten Verwechslung, welche er jedoch mit den übrigen Schriftstellern theilt, von großem Scharfsinne, und das große Unrecht, dessen ihn Albrecht zeiht, liegt von Albrechts Standpuncte aus gar nicht so auf flacher Hand. Auf die Ansichten Albrechts muß ich weiter unten im Zusammenhange zurückkommen, weshalb ich auf §. 15 verweise.

zur Vollständigkeit des Anspruches nach dem Civilrechte gehört. Das Anführen des Beklagten, daß diese Erfordernisse des Civilrechtes fehlten, wäre, auch wenn Beklagter bei dem Schweigen des Klägers es zuerst vorbringen müßte, keine civilrechtliche Einrede, wie wir dieselbe oben kennen gelernt haben, sondern bloße Klagableugnung; Kläger müßte also das Vorhandensein dieser Erfordernisse, als eines Theiles seines civilrechtlichen Klaggrundes beweisen, und der (nachzulassende) Beweis, welchen Beklagter allenfalls führen würde, wäre kein Vor- sondern ein Gegenbeweis, wie Vorst ganz richtig sagt.

Die Civilprozeßgesetze gehen jedoch von gewissen Fundamentalsätzen aus, welche sie bei jedem ihnen zur Beurtheilung aus dem Leben vorgelegten Fall von vornherein präsumiren. Hierher gehören namentlich der unten in §. 19 noch näher zu betrachtende Grundsatz der formellen Wahrheit, sowie daß jedes Geschöpf, welches die Kennzeichen eines menschlichen Wesens an sich trage, auch als Mensch und damit nach den angebornen Rechten eines jeden Menschen, als ein freies, rechts- und willensfähiges Subject [28]) so lange zu betrachten sei, bis eine Ausnahme nachgewiesen werde. [29])

Ebenso geht der Civilprozeß in Folge der oben erläuterten praktischen Erfahrung von der Grundansicht aus, daß der Richter nur nach demjenigen urtheilen könne, was ihm äußerlich erkennbar vorliege, und daß er in Verbindung mit den soeben erwähnten andern Fundamentalsätzen annehmen müsse, daß Alles dasjenige, was ein Mensch äußerlich thue, seinem Wesen als eines freien und willensfähigen Geschöpfes nicht zuwider, daß also alle Handlungen eines Menschen der Ausdruck seines freien selb-

[28]) Anders ist es mit der an besondere Bedingungen geknüpften Gerichtsfähigkeit (Prozeßführung, Formverfahren), s. unten §. 23, und Vorst §. 42 u. 43. §. 49.

[29]) Wenn man diese Grundsätze auch im Civilrechte findet, so ist deren Erörterung daselbst nothwendig, weil man die Rechte und Verbindlichkeiten nicht erläutern kann, ohne diejenigen Subjecte, welchen sie anhaften sollen. Der obige Fundamentalsatz hat aber eigentlich nur eine prozessualische Bedeutung.

ständigen Willens seien. Es sagt also der Prozeß, daß er a priori nur auf Thatsachen Rücksicht nehme, daß es ihm nur auf das sinnlich Erkennbare, mit einem Worte nur auf das Sachverhältniß ankomme.

Da nun aber vor Gericht eine Vereinigung des Civilrechtes und des Prozesses unumgänglich nothwendig ist, beide jedoch in ihrem ursprünglichen Umfange eben deßhalb unmöglich bestehen können, so wird von den Gesetzen selbst dem ersteren ein Theil seiner frühern Ausdehnung entzogen, und dem Civilprozesse überwiesen, es wird durch die ausgesprochene praesumtio juris ein Theil des civilrechtlichen Klaggrundes von vorneherein zerstört, und damit auch der Klagableugnung entrückt, und die Berufung des Beklagten auf einen die Entstehung des Rechtsgeschäfts hindernden Willensmangel oder Willensfehler zu einer prozessualischen Einrede erhoben, welche Beklagter anführen und selbstständig beweisen muß.

Hierdurch erläutert sich von selbst, inwieweit Vorst die Sache richtig dargestellt habe oder nicht. [30])

§. 12.

Qualificirtes Geständniß.

Ich komme nun zum Schlusse noch zu dem s. g. theilweisen oder qualificirten Geständnisse. Ehe ich jedoch darauf eingehe, muß ich noch eine kurze Bemerkung als Eingangspunkt vorausschicken, und werde die weitere Erläuterung und Ausführung dann mit der darauffolgenden Darstellung verbinden.

Wir haben aus den bisherigen Erörterungen schon gesehen, in welchem Verhältnisse bezüglich des Stoffes dieser Abhandlung nicht blos, sondern auch im Allgemeinen Civilrecht und Prozeß zu einander stehen. Es wird nun Niemand leugnen, daß das Civilrecht einen Vertrag, soweit er irgend erlaubt ist, als eine

---

[30]) Von diesem Gesichtspunkte aus sind auch die verschiedenen Erklärungen der übrigen Schriftsteller zu beurtheilen.

Thatsache betrachte; es wird ferner Niemand leugnen, daß das Civilrecht, wenn es auch gewisse allgemeine Umrisse einzelner Verträge aufstellt, dieses doch nur des allgemeinen Maßstabes und besonders der Consequenzen (L. 11. §. 1. D. 19. 1.) wegen thue, welche es im Zweifel aus dem Vorhandensein dieser allgemeinen Merkmale zieht, daß es aber dabei die mannigfaltigste Gestaltung der Verträge zulasse, und daß es für den einzelnen Fall, also für den Prozeß, im Allgemeinen gar nichts, sondern nur dann etwas vermuthe, wenn es dieß ausdrücklich verordnet. Hieraus folgt in Verbindung mit den oben angedeuteten Erörterungen von selbst, daß der Richter, solange die Gesetze für den einzelnen Fall nicht ausdrücklich etwas bestimmen, also gleichsam als gebietende erscheinen, für diesen gar nichts präsumiren dürfe, bevor ihm juristische Gewißheit, d. h. Beweis erbracht ist; es folgt daraus von selbst, daß der Richter vollkommen ermächtigt ist, dasjenige als allein wahr anzunehmen, was ihm äußerlich unverdächtig zur sinnlichen Erkenntniß vorgelegt wird; es folgt daraus aber auch ebenso von selbst und nothwendig, daß der Richter, sobald er seine Reflexion am Schlusse der Vorverhandlungen dahin ausdrückt, daß ihm die juristische Wahrheit noch fehle, bezüglich der bestrittenen Thatsachen auf einem ganz andern Standpunkte stehe, als derjenige ist, auf welchen er sich am Schlusse des Beweisverfahrens befindet, wo seine Reflexion auf Alles dasjenige gestützt ist, was zur Beurtheilung des zur Klage gebrachten Rechtes äußerlich erkennbar vorgelegt ist. Diese Sätze werden in dem Folgenden noch ihre nähere Begründung finden.

Ueber die Controverse der Theilbarkeit oder Untheilbarkeit eines Geständnisses im Allgemeinen, sowie über die Literatur, bitte ich zu vergleichen die gute Darstellung von v. Linde, Abhdlg. N. III. S. 88 fg.

Als besonders gut und scharfsinnig muß ich auf den unten §. 14. Note 35. aufgeführten Ausspruch des Voet. Comm. ad Pand. Lib. XLII. Tit. II. §. 5. hinweisen.

Zu dem s. g. qualifizirten Geständnisse rechne ich nun nicht blos die gewöhnlichen Fälle, in welchen Beklagter einzelne Thatsachen oder Verhältnisse zugiebt, jedoch behauptet, der klägerische Anspruch hänge von einer Bedingung ab, sondern auch diejenigen Erörterungen, welche gewöhnlich unter dem ungeeigneten Ausdrucke der exceptio non oder non rite adimpleti contractus, oder, wie Albrecht sich ausdrückt, der synallagmatischen Rechtsgeschäfte begriffen werden. Ich will nun im Folgenden einige nothwendige allgemeine Betrachtungen über Modalitäten, sowie über deren Stellung zu den obengenannten beiden Punkten vorausschicken, und sodann, um unnütze Wiederholungen zu vermeiden, für die speziellere Betrachtung die Ansichten zweier Schriftsteller, nämlich die cit. Abhandlung Hänels (Zeitschr. f. C. und P. Neue Folge Bd. 1. S. 387 fg.) sowie die Schrift von Albrecht (die Exceptionen 2c.) zu Grunde legen (jedoch mit gelegentlicher Berücksichtigung der Ansichten auch anderer Schriftsteller), und daran meine eigne, das oben §. 7. aufgestellte System rechtfertigende Ansicht entwickeln, werde jedoch für diese speziellere Betrachtung das gewöhnlich s. g. bedingte Geständniß von den synallagmatischen Rechtsgeschäften trennen.

§. 13.
Allgemeine Betrachtung über die Modalitäten bei Rechtsgeschäften.

Bemerken will ich hier im Voraus, daß ich bezüglich des, den Schwerpunkt unserer Lehre bildenden s. g. umwundenen, limitirten, theilweisen Geständnisses, welchem die synallagmatischen Rechtsgeschäfte hierin gleichstehen, der Ansicht bin, daß dem Kläger jedesmal der Beweis auferlegt werden müsse, daß die vom Beklagten erhobenen Einwendungen[31]) nicht vorhanden seien,

---

[31]) Sintenis (Zeitschr. für C. u. P., Bd. 16, S. 254 fg., besonders S. 267, und Bd. 17, S. 261 fg.) sagt sehr richtig, daß man den Umfang und die Bestandtheile Desjenigen, was wir heut zu Tag Klaggrund nennen, nicht nach römisch-prozessualischen Grundsätzen bestimmen könne. Sintenis

resp. daß der erhobene Anspruch gerade so und nicht in der Weise bestehe, wie Beklagter anführe; dem Kläger muß demnach, falls Beklagter eine solche Modification bei Eingehung des Vertrags (oder den ihm oben gleichgestellten Rechtsgeschäften), wonach die Klage gar nicht, oder jetzt noch nicht erhoben werden könne, der Beweis dahin auferlegt werden, daß actio nata, daß sein Klagrecht durch das Anführen des Beklagten nicht beschränkt sei. In diesem Sinne fordern z. B. Linde Lehrb. §. 152 bes. Not. 8, und Mühlenbruch Pd. §. 334. bei synallagmatischen Rechtsgeschäften, daß Kläger die stillschweigende Bedingung seines Anspruchs, daß er seinerseits erfüllt habe, oder zu erfüllen bereit sei, als nothwendiges Erforderniß des Klaggrundes schon in der Klage erwähne. Daß der oben erwähnte Beweis der Negation für den Kläger recht gut möglich sei, hat Vorst §. 18 fg. hinreichend nachgewiesen, und damit stimmen auch z. B. Weber, Beweislast, S. 133, §. 10. fg. und Heffter Rev. zu Weber, S. 280 u. 289, überein.

Wie dieser Beweis erbracht werde, davon muß weiter unten §. 20 die Rede sein.

Beschränkungen eines Vertrages sind nun Bedingungen, Zeitbestimmungen und Auflagen.

Was Zeitbestimmungen anlangt, so gilt bei dem dies incertus der Grundsatz: dies incertus facit conditionem, und bei dem dies certus dasjenige, was unten bei den Bedingungen sub Nr. 1. über deren Existenz überhaupt gesagt werden wird.

Bei dem modus sind zwei Fragen zu unterscheiden:

1) Ist überhaupt ein solcher vorhanden?
2) Ist der vorhandene von dem Einfluß, daß Beklagter deshalb die geforderte Leistung, jedenfalls bis zur erfolgten

---

rechnet auch (l. c.) die in der exceptio doli generalis, namentlich bei bonae fidei judiciis (wohin heut zu Tag alle Rechtsgeschäfte gehören) enthaltenen Rügen und Ausstellungen des Beklagten bezüglich der Wahrheit und Vollständigkeit des klägerischen Vorbringens, schon nach R. R. zur verneinenden Einlassung, wenn sie auch nach der Eigenthümlichkeit des Formularverfahrens sich in der Form einer exceptio darstellten.

Sicherheitsstellung von Seiten des Klägers zurückhalten darf?

Diese Fragen beantworten sich theils durch die eigenthümliche Natur des modus, theils durch Dasjenige, was über die Bedingungen gesagt werden wird.

Bei letzteren unterscheidet man nun Resolutiv- und Suspensivbedingungen. Oft ist es zweifelhaft nach der Art und Weise, wie ein Vertrag abgeschlossen wurde, ob eine Resolutiv- oder eine Suspensivbedingung vorliege. [32])

Es kann in demselben Satze, in derselben Redeweise ein Rechtsgeschäft so gespalten werden, daß für den einen Theil desselben die aufgestellte Bedingung eine resolutive, für den andern Theil eine suspensive ist; denn ein Rechtsgeschäft kann, wenn es auch uno actu abgeschlossen wurde, doch in mehrere ganz verschiedene, ganz selbständige Theile zerfallen. Der Richter sowie der Anwalt müssen deshalb zuerst genau prüfen, welche Bedingung vorliege? Der Civilprozeß, namentlich eine Darstellung des Unterschiedes zwischen Klagableugnung und Einrede, können im Allgemeinen darüber keine Regeln aufstellen. [33])

Bei Bedingungen kann nun ein dreifacher Streit entstehen:

1) Ob überhaupt eine Bedingung vorliege?

2) Welche Bedingung?

3) Was gilt hinsichtlich der Erfüllung der Bedingung?

Ad 3. Wer einen Klaganspruch darauf gründet, daß eine Bedingung (resolutive oder suspensive) eingetreten oder nicht eingetreten sei, muß dieß beweisen.

---

[32]) Vergl. z. B. Heyer Abhandl. Nr. III. S. 66 fg.

[33]) Bei der Frage, ob eine Bedingung resolutiv oder suspensiv sei, wird bereits als gewiß angenommen, daß eine Bedingung überhaupt vorliege. Ist das Material unbestritten, z. B. liegt eine Urkunde vor, so ist die Entscheidung leicht, es bedarf wenigstens keiner weiteren Beweisauflage. Ist aber das Material selbst bestritten, so muß dieses erst feststehen, um zu unterscheiden, ob eine Suspensiv- oder Resolutivbedingung vorliege. Bezüglich des Beweises des Inhalts der Bedingung gelten die allgemeinen Grundsätze über Klagableugnung und Einrede.

Ad 2. In der Regel entscheidet blos die Absicht der Parteien, ob eine Bedingung, welche dem Wortlaute nach beides sein kann, eine suspensive oder resolutive sein soll. Die Absicht der Parteien erkennt man aber blos aus ihren Erklärungen. Stellt also eine Partei oder deren Anwalt die Sache unrichtig dar, so ist es deren Schuld, wenn der Richter, welcher blos nach Demjenigen urtheilen kann, wie ihm eine Sache dargestellt wurde, den Beweis vielleicht gegen die wahre (jedoch weil sie nicht in den actenmäßigen Erklärungen liegt, nicht zu berücksichtigende) Absicht einer Partei festsetzt. Sobald feststeht, von welcher Art die Bedingung ist, so bestimmt sich die Beweislast naturgemäß dahin, daß Kläger den Eintritt resp. Nichteintritt der Suspensivbedingung, dagegen Beklagter, sobald er sich auf eine Resolutivbedingung beruft, und Kläger diese als stipulirt zugesteht, deren Eintritt resp. Nichteintritt beweisen muß, weil er dadurch die Wiederaufhebung eines von ihm als vollkommen bestehend nachgegebenen Rechtsverhältnisses bezwecken will, was nach den von uns bereits oben angegebenen Grundsätzen offenbar als Einrede erscheint.

Eine Bedingung kann oft zugleich eine suspensive und resolutive sein, je nachdem sie der eine oder andere Theil für sich in Anspruch nimmt, oder je nachdem sie jeder Theil bei Eingehung des Geschäftes sich ausgelegt hat. Häufig denken die Contrahenten gar nicht daran, von welcher Beschaffenheit die Bedingung sein solle, sondern begnügen sich mit den einfachen Bestimmungen. Im Civilrecht sagt man nun, eine Bedingung sei ein ungewisses zukünftiges Ereigniß, von dessen Eintritt oder Nichteintritt etwas abhängig gemacht werden solle. [34]) Sei nun ein Geschäft vollständig abgeschlossen, und solle es durch die Bedingung aufgehoben werden, so sei diese eine auflösende; solle aber der Vertrag erst dann als abgeschlossen gelten, wenn das zukünftige Ereigniß (die Bedingung) eintrete oder nicht, so sei sie eine aufschiebende. Man kann nun sowohl den ganzen Vertrag, wie auch einzelne Theile,

---

[34]) Mühlenbruch Pd. Bd. I. §. 105.

z. B. die Gegenleistung, an eine Bedingung knüpfen, und sobald Beklagter die Festsetzung einer noch nicht eingetretenen Bedingung für die ihm selbst obliegenden Verbindlichkeiten behauptet, erscheint die Bedingung für den Beklagten jedenfalls als eine aufschiebende. Leugnet nun Kläger die Bedingung überhaupt, so muß er das Nichtdasein behaupten. (Vergl. den Anfang dieses §., sowie unten das ad 1 Gesagte.) Giebt er die Bedingung aber zu, behauptet jedoch, daß sie eingetreten sei, so ist dies gerade so gut, als habe er dies sogleich in der Klage erwähnt, und muß, falls Beklagter den Eintritt leugnet, diesen beweisen.

Behauptet dagegen Beklagter eine Resolutivbedingung, durch welche das von Seiten des Klägers vollständig erfüllte Geschäft wieder aufgehoben werden solle, so muß er deren Eintritt, wie oben erwähnt, als Einrede beweisen.

Ad 1. Der Hauptfehler Derjenigen, welche dem Beklagten den Beweis der von dem Kläger verschwiegenen Bedingung aufbürden wollen, liegt hauptsächlich darin, daß sie eine Bedingung für etwas halten, was nicht zu dem Wesen des Vertrags gehöre.[35])

Diese Ansicht tritt besonders klar hervor in der Abhandlung von Hänel (Zeitschr. f. C. u. P. Neue Folge. 1. Bd. S. 387 fg.), worüber im folgenden §. das Nähere.

§. 14.
Ansicht von Hänel.

Dieser Schriftsteller unterscheidet zwischen einseitigen und doppelseitigen Verträgen, und behauptet als Regel, daß bei letzteren der Beklagte, bei ersteren Kläger die Bedingung zu erweisen habe. Er sagt nämlich S. 392: „Aus den bisherigen Sätzen, deren nähere Ausführung ich sogleich versuchen werde, folgere ich:

1) daß bei allen doppelseitigen Geschäften, als namentlich bei Kauf, Pacht und Miethe, ingleichen bei denjenigen, in welchen die Gegenleistung in einem Zurückgeben besteht (s. §. 10), die

[35]) Besonders gehört hierher auch Dasjenige, was bereits oben §. 10 gesagt wurde.

Regel festzuhalten sei, nach welcher Beklagter die Bedingung beweisen muß;

2) daß aber einseitige Versprechen eine Ausnahme von der Regel machen, so daß bei ihnen, wenn Beklagter eine Bedingung vorschützt, das gilt, was die Note 1 [36]) angeführten Schriftsteller als Regel vertheidigen, nämlich: Kläger muß den Beweis führen, daß pure versprochen worden sei."

---

[36]) Für die Untrennbarkeit, so daß die Beweislast den Kläger trifft, erklären sich z. B. die Glosse ad L. 9. C. de except. Voet. in comm. ad Pand. Lib. 42. Tit. 2. §. 5. Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß Abh. VI. Gönner, Handb. des deutschen gemeinen Prozesses Bd. II. Abh. 43. §. 21. S. 398. Hasse, im rhein. Museum für Jurisprudenz, Jahrg. 3, S. 134 f., und Borst, über die Beweislast im Civilprozeß, §. 78, S. 100. — Dagegen aber, nämlich so, daß der Beklagte die Einrede erweisen muß, erklären sich Claproth, Einl. in den ord. Prozeß §. 217. Linde, Abh. über den Civilprozeß, Bd. I., S. 216 fg. Bethmann-Hollweg, Versuche über die Theorie des Civilprozesses, S. 354 f, und einer der neuesten Schriftsteller über diese Materie: G. C. Schmidt, von gemischten Einreden, Dresden und Leipzig, 1839, §. 40, S. 59 f. — Gesterding hatte früher auch die letztere Ansicht, im Archiv für civilist. Pr., Bd. I., Abh. 18, S. 222 ff., hat diese jedoch wieder verlassen und der entgegengesetzten beigestimmt, in seiner Ausbeute für Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien, Th. II. S. 141 ff. — In der in dieser Note citirten Glosse ad Leg. 9. C. de except. heißt es: „Sed econtra videtur negasse puritatem, nisi actor probat puritatem, vel conditionem extitisse. Sicut enim actor non videtur in judicium deduxisse, quod non sentit, sic non reus videtur confiteri, quod non sentit, quia non debent deterioris esse conditionis rei ... sed si dubitetur, cui sit standum electioni rei standum est... Quarto, qui conditionem opponit, in ipsa actionis nativitate opponit, quasi nec sit nata actio ... cum ergo dicit, conditionaliter promisi, vel sub conditione, tale est, ac si diceret, non confiteor actionem natam. — Voet. l. c. sagt: An autem confessio per adversarium dividi ac pro parte acceptari, pro parte repudiari possit, non satis inter juris interpretes expeditum est. Equidem, si plura sint capita confessionis separata, quorum unum haud dependet ab altero, nihil vetat quominus divisio confessionis admittatur, et acceptetur pars una, altera rejiciatur, sicut unam partem sententiae, quae confessioni similis, admittere potest, qui succubuit, et ei acquiescere, ab altera vero appellare. Sin omnia confessione comprehensa inter se connexa sint, et unius quasi actus continui factum contineant, non videtur circa eundem actum admittenda separatio.

Bezüglich zweiseitiger Geschäfte argumentirt nun Hänel §. 4. l. c. so: „Bei dem Kaufe bestehen die wesentlichen Erfordernisse in Sache und Preis rc. Sind nun diese Hauptpunkte festgesetzt, so ist der Ring, in welchem die wesentlichen Bestandtheile des Geschäfts sich vereinigen, geschlossen, und Alles, was außerdem verabredet wird, also auch eine etwaige Suspensivbedingung, ist als Anhängsel, [37]) als etwas außerhalb Liegendes zu betrachten, was bewiesen werden muß. Ein solcher Vertrag steht jetzt allein im Gleichgewicht, wie etwa ein Mensch, der auf seinen zwei Füßen steht, und bleibt sich gleich, wenn er auch zufällig mit auf einen andern Punkt sich stützt. Man sage daher nicht, durch die Suspensivbedingung werde die Einwilligung beschränkt, und dieses Erforderniß sei in diesem Falle nur mangelhaft vorhanden. Denn es ist genug, wenn über die *wesentlichen* Erfordernisse Einverständniß vorhanden ist, und die Bedingung ist dann kein defectus consensus, sondern etwas fremdartig Eingeschobenes, was also bewiesen werden muß, daß es eingeschoben sei."

Diese Argumentation beruht offenbar auf einer Verwechselung des civilrechtlichen mit dem civilprozessualischen Standpunkte, und auf dem Zurückschrecken vor der Unmöglichkeit der Beweisauflage für den Kläger, daß die von dem Beklagten behauptete Bedingung *nicht* vorhanden [38]) sei. Was den letzteren Punkt anlangt, so giebt Hänel selbst zu, daß eine solche Beweisauflage doch möglich sei, indem er bei mehrseitigen Rechtsgeschäften dem Kläger den Beweis aufbürdet, daß pure versprochen worden sei, und weicht dadurch

---

[37]) Von derselben Ansicht geht Bethmann-Hollweg (Versuche, S. 354 fg.) aus, stellt die Sache jedoch anders dar, indem er einen unbedingten Vertrag die *Regel*, und einen bedingten die *Ausnahme* nennt, und deshalb dem Beklagten den Beweis der Bedingung aufbürdet, eine Unterscheidung, deren Richtigkeit ich jedoch entschieden leugne. Vom juristischen Standpunkte aus ist beinahe komisch zu nennen die Aeußerung Claproths (Ord. bürg. Proz. §. 217), auf welche sich auch Bethmann-Hollweg l. c. beruft, nämlich: „Unter tausend Verträgen wird kaum einer bedingungsweise geschlossen, und Dasjenige muß doch wohl vorerst angenommen werden, was gewöhnlicherweise zu geschehen pflegt."

[38]) D. h. in der oben S. 38, Nr. 1, genannten Beziehung.

von den ihm bezüglich zweiseitiger Rechtsgeschäfte gleichgesinnten Schriftstellern ab, was seiner Meinung nach ein Vorzug seiner Darstellung, eine neue Erfindung, unserer Ansicht nach aber blos eine Inconsequenz des von ihm selbst aufgestellten Princips ist. Und was den ersten Punkt anlangt, so fragt es sich, ob denn das Civilrecht für den Kläger die Vermuthung aufstelle, daß das von ihm vor die Schranken des Gerichts gezogene specielle Rechtsverhältniß ein unbedingtes sei, wenn er nur die von dem Civilrecht aufgestellten wesentlichen Erfordernisse einer bestimmten Rechtskategorie als anwesend aufstelle, und vorhandene Beschränkungen verschweige? Gewiß nicht! Das Civilrecht ist nur der Eingangs- und der Endpunkt der rechtlichen Beurtheilung; der Eingangspunkt, um bei Anstellung einer Klage im Allgemeinen prüfen zu können, ob sich irgendwie ein rechtlicher Gesichtspunkt für die angestellte Klage auffinden lasse, ob die Klage überhaupt zuläßig sei; der Endpunkt, um den concreten Fall in der Gestaltung, wie er sich zu Folge der Verhandlungen der Parteien herausgestellt hat, unter die elastischen Bestimmungen des Civilrechtes zu subsumiren, oder im Zweifel, d. h. si nihil inter partes convenit, L. 11. §. 1. D. 19. 1., die von dem Civilrechte selbst gezogenen Consequenzen zum Zwecke eines verurtheilenden oder freisprechenden Erkenntnisses zu benutzen — tunc ea praestabuntur quae naturaliter insunt hujus judicii potestate, L. 11. cit.

Allein in der Mitte liegt erst noch der Civilprozeß. Durch diesen soll ja erst die Wahrheit des einzelnen Falles ermittelt werden, und wie dieser einzelne Fall wirklich beschaffen ist, dafür kann das Civilrecht bei der Mannichfaltigkeit der Privatwillkür unmöglich etwas vorausbestimmen. Das auf den Grund der bewiesenen Thatsachen auszusprechende Klagrecht soll ja erst durch das Verfahren ermittelt werden. Nach dem Civilrecht ist eine Bedingung nichts Wesentliches zu einem Rechtsgeschäft; ein Kauf besteht civilrechtlich, sobald Waare und Preis bestimmt sind. Allein im einzelnen, im Prozeß zur Sprache kommenden Falle kann eine Bedingung etwas so Wesentliches sein, daß das ganze Geschäft ohne diese Bedingung gar nicht bestehen kann.

Es steht und fällt mit dieser Bedingung. Die meisten Verträge, welchen eine Suspensivbedingung beigefügt wird, sind von der Art, daß der eine oder andere Contrahent den ganzen Vertrag nicht ohne die Bedingung eingegangen wäre. Allerdings werden Rechtsgeschäften oft solche Bestimmungen beigefügt, welche nicht von dieser Erheblichkeit sind; allein dann erscheinen sie auch nicht als wahre Bedingungen, sondern nur als Nebenbestimmungen, die auf die Existenz des Vertrags gar keinen Einfluß äußern. Allein sollte man sie auch wirklich als Bedingungen betrachten müssen, so muß man der bloßen, auf das thatsächliche Vorbringen gestützten, Behauptung des Beklagten, die angeführte Bedingung sei beigefügt, und zwar in der Absicht, um davon die Existenz des ganzen Vertrags, oder doch eines bestimmten Theiles abhängig zu machen, den Glauben beimessen, daß sie gerade so wahr sei, wie das unbedingte Vorbringen des Klägers.

Haben wir auf diese Weise den Standpunkt erreicht, von welchem aus wir sagen müssen, der Richter kann unmöglich vor beendigtem Beweisverfahren entscheiden, ob der zur Sprache gebrachte Vertrag ein bedingter oder unbedingter sei, da das Civilrecht den concreten Fall nicht im Auge gehabt haben kann, so müssen wir auch für die Beweisauflage sagen: so lange das Gesetz den Kläger nicht ausdrücklich durch eine praesumptio juris von dem Beweise befreit, muß, falls Beklagter vorbringt, der von dem Kläger behauptete Anspruch sei von dieser oder jener Bedingung abhängig gemacht worden, und Kläger diese in seiner weiteren Erklärung in Abrede stellt, resp. behauptet, der Vertrag sei pure abgeschlossen worden, dem Kläger der Beweis auferlegt worden, daß seinem Klagrecht der erhobene Widerspruch nicht im Wege stehe. Wie dieser Beweis erbracht werde, ist eine andere Frage (s. unten §. 20). Mit der Frage, ob überhaupt eine Bedingung vorhanden sei, hängt freilich die Frage eng zusammen, ob die vom Beklagten angeführte Bedingung von Einfluß sei, und dies scheint eigentlich der Hauptpunkt zu sein. Die letztere Frage muß aber einen verschiedenen Erfolg haben, je nachdem man sie bei Erlassung des Enderkenntnisses, oder bei Erlassung des

Beweisinterlocuts aufwirft. Bei ersterem liegt der Inhalt der gebrauchten Beweismittel als Maßstab vor, bei letzterem aber muß man sagen, so lange noch irgend eine Wahrscheinlichkeit vorliegt, daß die vorgeschützte Bedingung auf das Klagrecht Einfluß haben könne, muß der Richter sie bei der Beweisauflage berücksichtigen resp. zum Beweise aussetzen. Nur dann, wenn bestimmte gesetzliche Ermächtigungsgründe vorliegen, oder sowohl nach dem vom Kläger, wie auch nach dem vom Beklagten angegebenen Sachverhältniß die angeführte Bedingung unzweideutig ohne Einfluß ist, kann der Richter sie als irrelevant übergehen.

Daß dann, wenn Hauptvertrag und Bedingung nicht coincidiren, [39]) der Beklagte die Festsetzung der Bedingung erweisen müsse, versteht sich deshalb von selbst, weil dann darin ein neuer Vertrag liegt. Beklagter giebt in diesem Falle die selbständige Entstehung der vom Kläger behaupteten obligatio nach, und macht ein später hinzugetretenes Ereigniß geltend, wodurch die bereits unbestritten bestehende obligatio abgeändert, beziehungsweise wieder aufgehoben worden sei. Hierher ist offenbar der Fall zu rechnen, welchen Hänel l. c. lit. b. anführt, wenn nämlich Beklagter behauptet, daß nach abgeschlossenem Hauptvertrage, z. B. Tags darauf, die Betheiligten noch nachträglich die Bedingung festgesetzt haben. Die von Hänel angeführte L. 4. C. de don. quae sub modo vel conditione 8. 55, stellt gleich Anfangs den Grundsatz auf: Perfecta donatio conditiones postea non capit. Hier ist also von einem bereits perfecten Schenkungsvertrage die Rede, welchem später (postea) Bedingungen beigefügt werden sollen. [40]) Hänel sagt weiter in §. 11: „Die oben §. 8 und 4 aufgestellte Ausnahme macht der Regel (nämlich daß Beklagter die Bedingung zu erweisen habe) wieder Platz, wenn Hauptvertrag und Bedingung nicht coincidiren, sondern in mehrere verschiedene Begebenheiten zerfallen." In §. 3 und 4 wird nun

[39]) Hänel §. 11.

[40]) Außerdem scheint auch in der obigen Stelle blos von dem Falle die Rede zu sein, wo der Schenker später einseitig noch Bedingungen aufstellen wollte.

die Ausnahme aufgestellt, daß bei einseitigen Rechtsgeschäften Kläger die Nichtbestimmung der Bedingung zu erweisen habe, resp. daß pure versprochen worden sei. Nach dem ganzen Inhalte des §. 11 scheint jedoch Hänel auch auf zweiseitige Rechtsgeschäfte hingeblickt zu haben. Sollte dies jedoch auch nicht der Fall sein, so glaube ich, daß man, abgesehen von der Unbegründetheit der ganzen Darstellung Hänels, wornach die Regel, daß Beklagter die Bedingung zu erweisen habe, nur bei zweiseitigen Rechtsgeschäften, die Ausnahme aber, daß Kläger das Nichtvorhandensein der Bedingung darzuthun habe, bei einseitigen Rechtsgeschäften vorkommen solle, gerade als ob das Civilrecht zweiseitige Rechtsgeschäfte für die Regel, einseitige aber als die Ausnahme darstelle, [41]) hat das in §. 11 Gesagte Anwendung auf alle Rechtsgeschäfte, und consequent mußte Hänel dies selbst sagen, er mußte nur noch in dem Satze: „wenn nach dem Anführen des Beklagten Hauptvertrag und Bedingung nicht coincidiren, sondern in mehrere verschiedene Begebenheiten zerfallen," zwischen die Worte „verschiedene" und „Begebenheiten" das Wort „selbständige" einschalten; denn darauf kann es nicht ankommen, ob bezüglich eines bestrittenen Sachverhältnisses das Material aus verschiedenen Zeiträumen zusammengelesen werden muß, sondern es kommt auf die Perfection des vorliegenden Rechtsgeschäftes an. Bei einem Kaufe können die Contrahenten den ersten Tag die Waare, den zweiten den Kaufpreis, und den dritten die Be-

---

[41]) Wenn Hänel nicht zugiebt, daß das Civilrecht unter den Rechtsgeschäften die zweiseitigen für die Regel, die einseitigen aber für die Ausnahme erkläre, so muß er zugeben, daß er, um consequent und logisch in seiner ganzen Darstellung zu verfahren, hätte sagen müssen, für die Beweisauflage bezüglich der Bedingung bei Rechtsgeschäften giebt es gar keine Regel, oder es giebt zwei Regeln, nämlich bei zweiseitigen Rechtsgeschäften ist es Regel, daß der Beklagte die Bedingung beweise, bei einseitigen ist es Regel, daß er sie nicht zu beweisen braucht, resp. daß Kläger das Nichtvorhandensein beweisen muß, und von letzterer Regel sind die Fälle in §. 11 Ausnahmen; während Hänel jetzt behauptet, bei den in §. 11 genannten Fällen falle die Ausnahme hinweg, und mache wiederum der Regel Platz.

dingung festsetzen; sie können aber eben so gut den ersten Tag die Waare, den zweiten die Bedingung, und den dritten Tag den Kaufpreis, oder sie können gleich Anfangs über Waare und Bedingung, und erst später über den Kaufpreis übereinkommen, ohne daß man sagen könnte, diese Zwischenräume hätten Einfluß auf die Perfection des Rechtsgeschäftes. Es fragt sich blos, wann waren die Contrahenten, was man so sagt, „Handelseinig"? Dieser Zeitpunkt der Vollendung der Uebereinkunft muß sich auf einen ganz bestimmten Zeitpunkt fixiren lassen. Nur dann, wenn nach der Absicht der Contrahenten das Geschäft abgeschlossen war, so daß dieses für sich selbständig dastehen sollte, und daß nach beiderseitigem Willen einseitig nichts solle hinzu und nichts davon gethan werden können, sind die Parteien im rechtlichen Sinne handelseinig. Vereinigen sie sich nun nachträglich, und sei es eine halbe Stunde darauf, nachdem die früheren Vertragspunkte vollständig festgesetzt, und das Geschäft nach der Absicht der Contrahenten abgerundet sein sollte, noch über die Beifügung einer Bedingung, so ist dies ein neuer Vertrag, der ebenso unbezweifelt als wahre Einrede von demjenigen, der sich darauf beruft, bewiesen werden müßte, wie z. B. die Einrede des Vergleichs, des Nachlasses, der Stundung u. s. w. Sind die Parteien aber darüber uneinig, ob der Vertrag mit oder ohne die Bedingung zu Stande gekommen sei, dann gelten wieder die allgemeinen Grundsätze, ob eine Einrede oder bloße Klagableugnung vorliege. Aber um dies zu unterscheiden, ist die von Hänel aufgestellte Wahrscheinlichkeitstheorie gewiß nicht geeignet. Hänel sagt nämlich in §. 11: „Als dritter Fall (wo nämlich die in §. 3 und 4 gemachte Ausnahme, daß Kläger bei einseitigen Rechtsgeschäften beweisen müsse, es sei pure versprochen, der Regel, daß Beklagter die Bedingung erweisen müsse, Platz mache,) könne noch derjenige angesehen werden, welchen Glöckner aufzähle, nämlich:

c) wenn Beklagter anfänglich die Klage einfach zugesteht, und erst später vorbringt, es sei auch eine Bedingung gemacht worden.

Hänel sagt nun, bei der Eventualmaxime werde dies nicht leicht vorkommen; sei das spätere Vorbringen aber (z. B. im Duplikfatze) formell erlaubt, so gehöre der Fall unter die Kategorie der beiden von ihm vorangeschickten [42]). Als Motiv nun, warum Hänel dem Beklagten den Beweis der Bedingung auflegen will, giebt derselbe an: „Wenn also Beklagter sie (die Bedingung) erst nachbringt, so erregt dies einen gegründeten Verdacht, daß er erst später auf dieses Vertheidigungsmittel gefallen sei, und es mit der Wahrheit desselben nicht sicher stehe." [43])

Hänel verzeihe mir den Ausdruck, wenn ich sage, daß dies ein ganz unjuristisches Argument für die Rechtfertigung seiner Beweisauflage ist. Wie kann man zugeben, daß der Richter die Beweislast darnach einrichte, ob es ihm persönlich wahrscheinlich, daß das Vorbringen des Vorhandenseins einer Bedingung Wahrheit oder Lüge sei. Dies soll ja erst durch den Beweis ermittelt werden; erst wenn der Beweis geführt ist, kann dies der Richter bei dem Enderkenntniß beurtheilen, und dabei gebe ich recht gerne zu, daß er, jedoch auf den Grund des Inhalts der gebrauchten Beweismittel, die Wahrscheinlichkeit berücksichtige, ob das Vorbringen, es liege eine Bedingung vor, auf Wahrheit oder Unwahrheit beruhe. Bei Bestimmung der Beweislast hat der Richter blos zwei Punkte zu berücksichtigen; einmal: Ist die vorgeschützte Bedingung, selbst wenn sie wahr ist, nicht von der Erheblichkeit, wie Beklagter behauptet? Diese Frage haben wir schon oben beantwortet. Oder kann sie von Einfluß sein? Ist diese Frage bejaht, so kann die Beweislast gewiß nicht, wie Hänel will, von der subjectiven Meinung des Richters (der ja, ehe der Inhalt der Beweismittel vorliegt, einer Partei so viel glauben muß, wie der andern, obgleich er vielleicht moralisch die

---

[42]) Mit den Worten: „Hierzu kann noch ein dritter Fall gerechnet werden", sagt Hänel zugleich, daß er außer diesem dritten und den beiden früheren, auf deren ersteren wir später kommen, keinen weiteren mehr kenne, obgleich er im Eingang die Fälle blos beispielsweise anführen will.

[43]) S. l. c. §. 11. cf. S. 403.

feste Ueberzeugung hat, Beklagter wolle durch Vorschützen der Bedingung den Kläger blos chikaniren) — ich sage, die Beweislast, also die Frage, wer hat den Beweis zu führen, kann nicht von der subjectiven Meinung des Richters, ob er das Vorbringen des Beklagten für Wahrheit oder Erfindung halte, abhängig gemacht werden.

Auf der nämlichen Verwechslung des Standpunktes der Beurtheilung der Vorverhandlungen mit demjenigen der Prüfung des Resultates der Beweismittel beruht die Ansicht Hänels hinsichtlich des allerdings eigenthümlichen Falles, welcher in den erwähnten §. 11. unter lit. a. aufgeführt wird, daß nämlich die Beweislast der Bedingung allemal den Beklagten treffe:

Wenn ein schriftlicher Contract errichtet sei, Beklagter aber behaupte, daß die Bedingung auf besonderer mündlicher Vereinbarung beruhe.

Gehört zur Gültigkeit eines Vertrags die schriftliche Abfassung, wie dieß z. B. in manchen Ländern bei Verträgen mit Landleuten, oder gemeinrechtlich beim eigentlichen Wechselvertrag nöthig ist, so hat der Richter nur dasjenige als vorhanden anzunehmen, was in der beigebrachten Urkunde steht, und es ist die Vorlage der Urkunde, wenigstens in beglaubigter Abschrift, Bedingung der formellen Zulässigkeit der Klage. Daß in diesen Fällen den Beklagten der Beweis einer behaupteten zulässigen Bedingung, die auf mündlicher Verabredung beruhe, treffe, wird wohl Niemand bezweifeln.

Ist dieses aber nicht der Fall, dann liegt entweder eine Anticipation des Beweises vor, oder Kläger macht den Inhalt der Urkunde zu einem Bestandtheil seiner Klage.

Im letzteren Falle gelten, falls Kläger nicht eine Beweisanticipation mit der Klage verbindet, oder verbinden will, die allgemeinen Grundsätze.

Liegt aber eine Beweisanticipation vor, so ist dies zwar ein gesetzlich gestattetes, (J. R. A. §. 39,) trotzdem aber irreguläres Verfahren. Bei Beweisanticipation mit Urkunden muß man nicht außer Acht lassen, daß Kläger seinen Klaganspruch, die

causa debendi, nicht in dem Vorhandensein der Urkunde, sondern in dem dieser zu Grunde liegenden Vertrag findet, zu dessen leichteren Beweisung nur die Urkunde aufgenommen wurde. Es unterscheidet sich ein solcher Fall von dem gewöhnlichen Verfahren nur dadurch, daß eine Beweisauflage für den Kläger überflüssig wird. Behauptet nämlich Beklagter die Beifügung einer Bedingung, so muß Klägern der Beweis auferlegt werden, daß diese Bedingung nicht ausgemacht sei. Bringt nun Kläger sogleich eine Urkunde bei, welche Beklagter als ächt anerkennt, in welcher jedoch von der Bedingung nichts steht, so hat Kläger diesen ihm eigentlich erst aufzulegenden Beweis sogleich erbracht. Die Beweisauflage für ihn wird überflüssig.[44])

Steht nun z. B. in der Urkunde selbst, daß der Vertrag schriftlich abgefaßt werden solle, oder daß außer dem Aufgeschriebenen nichts verabredet worden sei, so muß Beklagter im ersteren Falle die mangelhafte Aufzeichnung, oder die Simulation bei der schriftlichen Abfassung, im zweiten Falle, und zwar wegen des Prinzips der s. g. formellen Wahrheit, beides als Beweismitteleinrede beweisen (s. unten §. 19).

Die Behauptung Hänels l. c. S. 403, in dem angeführten Falle sei die Thatsache, welche den Klaggrund bilde, durch die Vollziehung des schriftlichen Vertrags, oder durch die Vereinigung über den Hauptpunkt, bei welchem die Parteien sich beruhigen, abgeschlossen, die behauptete mündliche Abrede (Bedingung) aber etwas daneben Liegendes, was wieder ein besonderes Einverständniß erfordere, ist nur in so fern richtig, als die Bedingung eben nicht in der Urkunde steht, und so bezüglich dieses, nicht aber bezüglich des Vertrags etwas daneben Liegendes ist. Denn schon oben wurde nachgewiesen, daß eine Bedingung sehr häufig etwas ganz Wesentliches für einen vorliegenden Vertrag sei, und in unserem Falle bestreitet ja Beklagter eigentlich nicht die Urkunde an sich, sondern nur den zu Grunde liegenden Vertrag. Ein besonderes Einverständniß wird nur insofern gefordert, als die Be-

---

[44]) Vergl. über diesen Fall bes. unten §. 21.

dingung eben nicht schriftlich aufgezeichnet werden soll, nicht aber ist für den zu Grunde liegenden Vertrag, der ja auch ohne die Aufzeichnung zu Recht bestehen kann, ein solches besonderes Einverständniß erforderlich.

In §. 10, auf welchen oben zu Anfang unseres §. 13 hingewiesen wurde, behandelt Hänel das Darlehn nnd die Bürgschaft besonders, kommt zwar auch zu dem von ihm für doppelseitige Verträge aufgestellten Resultate, daß Beklagter die Bedingung beweisen müsse, sagt jedoch, daß dies eine besondere Bewandtniß habe, weil bei dem Darlehn wie bei den übrigen Realcontracten nur ein Theil verpflichtet sei, und diese Verpflichtung in dem Wiedergeben Desjenigen bestehe, was er erhalten habe, und weil die Bürgschaft ein gewagtes Geschäft zum Vortheil des Schuldners sei, und diesem gegenüber meistens auf ähnlichen Triebfedern wie jede liberalitas beruhe. Da jedoch diese liberalitas dem Gläubiger gegenüber nicht geltend gemacht werden könne, so müsse Beklagter die von ihm vorgeschützte Bedingung beweisen.

Diese Fälle haben meiner Ansicht nach gar nichts Eigenthümliches, namentlich sind die von Hänel angeführten Gründe unbedeutend, selbst für Hänels eigne Ansicht. Nach meiner Ansicht muß Kläger beweisen, daß Beklagter unbedingt verpflichtet sei. Allgemeine Rechtsregeln, z. B. quod sine die debetur statim debetur etc. können erst dann zur Anwendung kommen, wenn die Beweismittel nichts ergeben, was auf eine Bedingung hinweist (worüber jedoch noch bes. §. 20 unten zu vgl.). Auch hier ist die bereits oben §. 10 betrachtete L. 11 §. 1. D. 19, 1. verbis: quod si nihil convenit besonders zu berücksichtigen.

Für die Beweismittel muß sich Kläger bei Zeiten sorgen, und wenn er dabei unvorsichtig und nachlässig war, so ist seine schlimme Stellung im Prozesse seine eigne Schuld, und man kann den Vorwurf einer unbilligen Begünstigung des Beklagten deshalb nicht erheben.

Zum Schlusse der Darstellung Hänels will ich noch erwähnen, daß derselbe zwar nicht mit ausdrücklichen Worten sagt, ob

der von dem Beklagten zu führende Beweis der Bedingung (directer) Gegenbeweis oder Einredebeweis sein solle. Allein aus seiner ganzen Darstellung, besonders wenn man seine Annahme bei einseitigen Versprechen betrachtet, geht hervor, daß die Behauptung einer Bedingung für den Beklagten bei zweiseitigen Rechtsgeschäften als (wahre) Einrede behandelt werden müsse.

§. 15.
Albrechts Darstellung.

So vorzüglich im Einzelnen die Darstellung Albrechts ist, und so klar uud einleuchtend sie erscheint, sobald man blos einzelne Stellen daraus liest, so schwierig wird es wegen der unten zu betrachtenden Mängel, das ganze Gebäude seiner Theorie sich anschaulich zu machen, da die Darstellung nicht ganz consequent ist.

Schon Bayer rügt in seinen Vorträgen S. 350, lit. c., daß die Definition Albrechts l. c. S. 206, nicht genau zu der Darstellung passe.

Mit Albrechts Darstellung, was überhaupt als Einrede, so wie was als zum directen Gegenbeweis gehörig resp. als Klagableugnung zu betrachten sei, bin ich im Allgemeinen einverstanden. Nicht aber bezüglich desjenigen, was bei von dem Beklagten behaupteten Modificationen, welche nach Albrecht dennoch zum (directen) Gegenbeweis gehören, Kläger zu erweisen habe. Albrecht sagt nämlich S. 194, lit. c. [45]): „Kläger kann blos zum Beweise seiner schlechtweg hingestellten Behauptungen allein, nicht aber auch zugleich zum Beweise des Mangels der vom Beklagten eingeworfenen Modificationen angehalten werden. Derselbe Grundsatz wirkt aber auch hinsichtlich des Umfanges der

---

[45]) Es sei mir erlaubt, hier eine längere Stelle aus Albrecht wörtlich wiederzugeben, da auf deren Fassung sehr viel ankommt.

vom Kläger für die Entstehung des klagbaren Rechtsverhältnisses behaupteten Thatsachen. Sind die angegebenen Thatsachen für die objective Entstehung des klagbaren Verhältnisses an sich anders relevant, und sind sie anders so vollständig, daß der Richter beim Erweis derselben das klagbare Recht als entstanden anerkennen müßte, so kömmt es rücksichtlich des Klagsbeweises nicht mehr darauf an, ob und in wieferne die Antworten des Beklagten den behaupteten Umfang alteriren. Behauptet der Kläger schlechtweg, Gegenstand der Klagsforderung sei ein Pferd geworden, oder, er habe 100 fl. dargeliehen, oder, es sei eine Summe schenkungsweise versprochen, es sei dieses Haus vermiethet worden, — erinnert dagegen der Beklagte, es sei nicht ein Pferd, sondern ein Pferd oder ein Maulthier verabredet, oder es seien nicht 100, sondern nur 50 fl. dargeliehen, oder, es sei jene Summe nicht schlechtweg, sondern unter einer Bedingung, Orts-, Zeitbestimmung versprochen, oder, es sei nicht dieses, sondern jenes Haus vermiethet worden: so kann der Kläger nur zum Beweise seiner schlechtweg hingestellten Behauptungen allein, nicht aber auch zugleich zum Beweis des Mangels der vom Beklagten eingeworfenen Modificationen u. dgl. angehalten werden. Denn Jedermann wird zugeben, daß, wenn Kläger jene seine schlichten Behauptungen erwiesen und der Gegenbeweis etwa versäumt sein wird, ihm das verlangte Recht vollkommen zuerkannt werden könne und müsse, sollten sich auch jene Modificationen in der That bei der Entstehung ergeben haben. Bringt er z. B. eine tüchtige öffentliche Urkunde her, welche ganz einfach dahin lautet: Kläger habe dem Beklagten ein Pferd abgekauft, so nehmen wir mit Bestimmtheit an, daß jener Kauf lediglich ein Pferd, und nicht auch alternativ ein Maulthier mitbetroffen habe, sagen zwei tüchtige Zeugen schlechthin aus, Beklagter habe dem Kläger 1000 fl. schenkungsweise versprochen, so nehmen wir bestimmt an, daß dies nicht unter einer Bedingung, Zeitbestimmung u. s. a. geschehen sei, lautet ein Testament einfach dahin, jene Person solle Erbin sein, so nehmen wir an, daß selbe nicht bloße Fiduciarerbin sein sollte u. s. f., wie man auch im ge-

meinen Leben jeden Satz in jener Allgemeinheit anzunehmen pflegt, in welcher derselbe ausgesprochen worden ist."

Sodann sagt Albrecht weiter S. 200 u. f., der directe Gegenbeweis erstrecke sich lediglich auf die Probe des Gegentheils von demjenigen, was der Hauptbeweisführer, beziehungsweise der Kläger wirklich behauptet und erwiesen habe, nicht aber auch der Vermuthungen, welche aus diesen Behauptungen und Erweisungen für den Kläger rechtlich abgezogen würden.

Diese Ausführung und Theorie Albrechts beruht offenbar auf einer Vermischung des Standpunktes [46]), auf welchem der Richter bei dem ersten Urtheil, dem Beweisinterlocut, steht, mit demjenigen, auf welchem er nach geführtem Beweise bei Erlassung des Enderkenntnisses auf der Grundlage der gebrauchten Beweismittel sich befindet. Und darin liegt auch hauptsächlich der Fehler aller übrigen Schriftsteller, welche behaupten, daß Kläger seine Klagbehauptungen blos schlechtweg, nicht aber als Gegensatz und mit Ausschluß der beschränkenden Behauptungen des Beklagten zu beweisen habe.

Albrecht sagt selbst S. 198, unser Prozeßorganismus trenne die Vorverhandlungen von dem Beweisverfahren; allein er thut dieß, wie man aus der oben mitgetheilten Ausführung Albrechts (S. 194) klar ersieht, selbst nicht. Auch nach meiner Ansicht genügt es oft, daß man sich bei der Beweisauflage den Worten nach blos an diejenigen Behauptungen hält, welche als Klaggrund vom Kläger aufgestellt wurden, weil es oft, (wie jeder, welcher auch nur geringe practische Erfahrung hat, zugestehen wird,) höchst unzweckmäßig, oft nach der Art und Weise des Vorbringens von Seite des Beklagten, unmöglich sein würde, den Worten nach in das klägerische Beweisthema die Negative der Behauptungen des Beklagten aufzunehmen. Allein meine Ansicht unterscheidet sich dennoch sehr von der Albrechts darin, daß ich dem Kläger nicht schlechtweg, sondern in der Weise den Be-

---

[46]) Ebenso Linde, Abhandl., S. 118.

weis aufgelegt haben will, daß, falls die Negative in den klägerischen Beweissatz sich nicht aufnehmen läßt, jedenfalls in den Entscheidungsgründen, oder bei Collegien in den Relationen, ausdrücklich bemerkt werden muß, der klägerische Beweissatz sei im Gegensatz zu den Behauptungen des Beklagten zu denken, es sei ein Theil der klägerischen Beweislast, daß durch den klägerischen Beweis jedenfalls solche Indizien, eine so starke Vermuthung, erbracht werde, daß man den Ausschluß der Behauptung des Beklagten mit Fug und Recht annehmen könne, daß also der Richter sowohl bei der Beweisaufnahme, wie auch bei Prüfung des klägerischen Beweises, (noch ehe er den (directen) Gegenbeweis prüfe, darauf Rücksicht nehme,) daß er also z. B. die Zeugen fragen müsse, ob nicht die vom Beklagten behaupteten Beschränkungen bei dem Vertrage vorgekommen seien, ebenso bei dem Augenschein u. s. w. (s. unten §. 20.)

Nur dann, wenn man auf diese Weise die Beweisauflage des Klägers versteht, kann ein wirklicher Gegenbeweis stattfinden, der ja, wie Albrecht sagt, gerade im Gegensatz zu dem (indirecten oder) Einredebeweis, das directe Gegentheil desjenigen, was der Kläger wirklich behauptet habe, darthun soll. Das von Albrecht betonte Wort wirklich steht nun zwar in Verbindung mit dem S. 194 gebrauchten Worte schlechtweg, und daß Kläger blos seine schlichten Behauptungen zu erweisen habe. Allein dadurch kommt Albrecht nothwendig in Conflict mit Demjenigen, was er S. 201 fg. über den Beweis der Modificationen sagt, welche doch Gegenstand des directen Gegenbeweises sein sollen.[47]) Was nicht schon in dem Vorbeweis liegt, kann nicht

[47]) Die Worte Albrechts l. c. S. 202:

„Indem der Beklagte bemerkt, das eingeklagte Depositum sei ein Commodat gewesen, oder, er habe nicht 100, sondern nur 50 fl., nicht ein Pferd, sondern ein Pferd oder ein Maulthier versprochen, nicht pure, sondern unter einer Bedingung verkauft u. s. a., leugnet er an der behaupteten objectiven Entstehung an sich wahrhaft etwas ab, ja er nöthigt dadurch den Kläger sogar zum Beweise seines ganzen Klaggrundes. Es ist zwar richtig, daß der Beklagte z. B. durch die Erinnerung, nicht 100,

Gegenstand des (directen) Gegenbeweises sein. Albrecht sucht sich zwar in der Weise zu helfen, daß er sagt, als directer Gegenbeweis dürften nämlich auch solche affirmative Thatsachen erprobt werden, aus welchen auf die Negative des Vorbeweises nothwendig geschlossen werden müsse (z. B. negativa loci, alibi), und aus demselben Grunde gehöre hierher auch der Beweis der Modification. Allein wenn man damit die Behauptung Albrechts S. 194 cit.: „es kann Kläger nur zum Beweise seiner schlechtweg hingestellten Behauptungen allein, nicht aber auch zugleich zum Beweise des Mangels der vom Beklagten eingeworfenen Modificationen und dergl. angehalten werden. Denn Jedermann wird zugeben, daß, wenn Kläger jene, seine schlichten Behauptungen erwiesen, und der Gegenbeweis etwa versäumt sein wird, ihm das verlangte Recht vollkommen zuerkannt werden könne und müsse, sollten sich jene Modificationen auch in der That bei der Entstehung ergeben haben," — vergleicht, so sieht man, daß dann der (directe) Gegenbeweis ganz in der Luft schweben und gerade so selbständig dastehen würde, wie der (indirecte oder) Einredebeweis. Darauf, ob der Beklagte etwa

---

sondern 50, oder nur unter einer Bedingung versprochen zu haben, den Klaggrund zum Theil zugestehe; allein für die Beweisauflage ist es doch dasselbe, als wenn er den ganzen Klaggrund abgeleugnet hätte; denn der Richter kann dem Kläger doch nicht zum Beweis auferlegen, daß noch weitere 50 fl., daß einfach (ohne Bedingung) versprochen worden sei, und ebenso könnte auch selbst der Kläger diese einzelnen Punkte nicht ohne den Beweis des ganzen Vertrages erbringen," —
enthalten eigentlich weiter nichts, als die Erklärung des Richters an den Kläger: „Bringe mir einmal deine Beweismittel; ich will sehen, was diese enthalten, und darauf hin urtheilen." Weiter kann damit nichts bezweckt werden. Denn nach Albrechts Ansicht würde z. B. A, welcher auf Ueberlieferung eines erkauften Pferdes klagt, wenn der Beklagte B erklärt: „Ich gestehe den vom Kläger erwähnten Kaufvertrag zu, behaupte jedoch, daß derselbe unter dieser oder jener Bedingung geschlossen wurde," trotz des Eingeständnisses des Beklagten, nochmals beweisen müsse: „daß ihm B das fragliche Pferd verkauft habe." Weiter brauchte er aber nichts zu beweisen, namentlich nicht die Negative der vom Beklagten vorgeschützten Bedingung.

seinen Gegenbeweis versäumen wird oder nicht, kann der Richter bei der Beweisauflage gar keine Rücksicht nehmen, denn dies weiß er ja nicht; ein zukünftiges Factum (der Beweisversäumung) kann der Richter gar nicht in Anschlag bringen. Sowohl aus dem Worte „erwiesen", wie auch aus den von Albrecht angeführten, oben mitgetheilten Beispielen, sieht man, daß er die Beweisauflage mit der Beweisprüfung vermengt.[48])

§. 16.

S. g. Exceptio non und non rite adimpleti contractus, oder Einrede der synallagmatischen Rechtsgeschäfte.

Was die historische Entwickelung der bei der s. g. exc. non und non rite adimpl. contr. zur Sprache kommenden Fragen anbelangt, so will ich mich der Kürze halber auf die Ausführungen von Treitschke, in der Zeitschr. f. C. u. P., Bd. 12, S. 424 fg., und Sintenis, eod. Bd. 16, S. 254 fg. u. Bd. 17, S. 260 fg., beziehen. Sintenis faßt blos die civilrechtliche Seite ins Auge. Ich gehe mehr von dem prozessualisch-practischen Gesichtspunkte

---

[48]) Zu der Aeußerung Albrechts S. 196: „Sein (sc. des directen Gegenbeweises) wahres Object ist nicht so fast, wie man gewöhnlich sagt, das gegentheilige Beweisthema in negativer Fassung, sondern die wirklich übernommene Beweisführung der Gegenpartei," ist zu bemerken, daß allerdings nicht das Beweisthema, sondern die Beweisführung Gegenstand des directen Gegenbeweises ist, daß aber daraus die von Albrecht gesuchte große Verschiedenheit nicht zu finden ist, indem ja die Beweisführung keine andere sein kann, als wie sie im Beweissatze kategorisch vorgeschrieben wurde, daß also, wenn der Gegenbeweis gegen die klägerische Beweisführung gerichtet wird, er eo ipso auf das klägerische Beweisthema quadriren muß; und daß, wie Albrecht S. 197 sagt, erst die Antretung des Beweises von Seiten Klägers erfolgen müsse, ehe Beklagter den Gegenbeweis antreten könne, versteht sich ganz von selbst — actore non probante reus absolvitur — mag man nun direct blos die Beweisführung oder das Beweisthema, oder letzteres durch die Vermittelung der ersteren, als Gegenstand des (directen) Gegenbeweises betrachten.

und besonders von der, auch von Treitschke l. c. S. 287 ausgesprochenen Ansicht aus, daß bei gegenüberstehenden Verbindlichkeiten jede Leistung die Modalität resp. die Vorbedingung der anderen ausmache, welcher entkleidet sie nicht in der Verbindlichkeit liege, resp. nicht ausgeklagt, prozessualisch nicht gefordert werden könne, wobei ich zur Erläuterung sogleich die sehr richtige und tief eingreifende Ansicht von Sintenis l. c. Bd. 17, S. 293, Note 3, anführen will, daß zwischen der Perfection eines Contracts und der Möglichkeit, auch schon jetzt Klage erheben zu können, gewiß ein großer Unterschied sei.

Ich wende mich sogleich zu der Darstellung Albrechts. Nach dieser ist bei synallagmatischen Rechtsgeschäften der Anspruch des Beklagten als Gegenforderung eine Einrede. Beklagter soll jedoch, weil Kläger die Gegenforderung schon in der Klage anführen müsse, von dem Beweise dieser Einrede, resp. der Nichterfüllung von Seiten des Klägers frei sein, und Kläger nur replicando auf diese Compensations- oder Retentionseinrede den Replik-Beweis der Erfüllung liefern müssen. [49]) Das Vorbringen der Gegenforderung soll nach Albrecht l. c. ein Wiederaufhebungsgrund des klägerischen Anspruches sein. Replicando kann dem Kläger nur Dasjenige als selbständiger, nothwendiger Beweis aufgebürdet werden, was eine wahre Replik ist. Nach Albrechts eigner Theorie müßte deshalb in der replicando auf die s. g. Retentionseinrede vorgebrachten Behauptung, die Erfüllung der klägerischen Verbindlichkeit sei erfolgt, ebenfalls ein Wiederaufhebungsgrund der s. g. synallagmatischen Gegenforderung liegen. Diese Einrede soll jedoch den Charakter eines Wiederaufhebungsgrundes, gerade so wie die Compensationseinrede erst dann annehmen, sobald Beklagter dieselbe vorschütze, obgleich sie ihren Ursprung aus demselben Rechtsgeschäfte herleite, aus welchem Kläger seinen Anspruch bildet. [50]) Entsteht die

---

[49]) Albrecht l. c. S. 190.

[50]) Albrecht S. 187—190.

Einrede also erst durch die gerichtliche Geltendmachung, so ist sie jedenfalls späteren Ursprungs, als die s. g. Replik des Klägers, daß er bereits vor dem Entstehen der Einrede erfüllt habe. Es würde diese s. g. Replik keine wahre Replik, sondern nur eine Ableugnung der Einrede des Beklagten, daß er wegen Nichterfüllung von Seiten des Klägers zur Gegenleistung noch nicht verpflichtet erscheine, der Beweis dieser s. g. Replik also kein nothwendiger, wie ihn Albrecht nennt, sondern ein blos nachzulassender (s. g. directer) Gegenbeweis sein. Wie kann aber Dasjenige, was Kläger, nach Albrechts eigner Angabe, schon in der Klage anführen, resp. zugestehen muß, nochmals Gegenstand einer wahren Einrede sein?

Man muß die Fälle, in welchen der Richter berechtigt ist, eine Klage, schon ehe er sie dem Beklagten zur Erklärung mittheilt, a limine abzuweisen, gewiß von denjenigen unterscheiden, wo sich die Mangelhaftigkeit des Klaggrundes erst durch die Verhandlungen der Parteien herausstellt, so daß der Richter schon bei dem ersten Urtheile, oder unter Umständen auch noch später, sich genöthigt sieht, die Klage wegen mangelhaften Klaggrundes, resp. wegen mangelhafter Substantiirung des wahren Sachverhältnisses, angebrachtermaßen abzuweisen. Es kann eine Klage recht gut in der Weise angestellt werden, daß der Richter von vornherein nicht entscheiden kann, ob der Klaggrund mangelhaft sei, selbst wenn Kläger eine Gegenforderung des Beklagten sogleich zugesteht. Auch würde eine sofortige Abweisung eine Einmischung in die Willkür des Beklagten sein.[51]) Wendet Beklagter aber ein, der Anspruch des Klägers sei nach dem Vertrag (sei es entweder nach ausdrücklicher Verabredung, oder zufolge der rechtlichen Natur des vom Kläger erhobenen Anspruches) an die vorgängige Leistung dessen eigner Verbindlichkeit geknüpft, so ist dies

---

[51]) Der Beklagte kann, wenn er will, auch ohne daß er wirklich schuldig ist, sofort zahlen. Damit gebe ich aber noch keineswegs zu, daß, wenn Beklagter sagt, er wolle sich seines freien Willens in der Weise bedienen, daß er vorläufig nicht zahlen werde, diese Erklärung eine wahre Einrede sei.

keine wahre Einrede, sondern eine bloße Rüge der Mangelhaftigkeit des Klaggrundes. Giebt nun Kläger zu, daß sein Anspruch allerdings von der vorgängigen Leistung seiner eignen Verbindlichkeit abhänge, behauptet jedoch, daß diese erfolgt sei, so gesteht er eo ipso damit ein, daß er erst mit der Erfüllung von seiner Seite ein Recht auf Klagstellung erhalten, daß also diese Erfüllung in concreto einen wesentlichen Theil seines Klaggrundes bilde, daß erst mit dieser Erfüllung für ihn actio nata sei. [52])

Erklärt jedoch Kläger, der Rüge des Beklagten gegenüber, daß er zwar nach der Natur des von ihm eingeklagten Anspruches zur vorgängigen, oder doch gleichzeitigen Erfüllung von seiner Seite (wenigstens zum Erbieten dazu in der Klage) verpflichtet erscheine, daß er jedoch nach ausdrücklicher Uebereinkunft davon befreit sei, so gesteht er damit eo ipso ein, daß er das wahre Sachverhältniß in der Klage ungenügend angegeben, daß er seine Klage nicht gehörig substantiirt habe, und es würde sich wegen dieses Mangels eines prozessualischen Erforderniſſes eine Abweisung der Klage „wie angebracht", vollständig rechtfertigen lassen.

Die gemeinrechtliche Eventualmaxime ist nicht blos auf die Erklärungen des Beklagten beschränkt, sondern sie muß auch auf die Klage angewendet werden. Actor certus esse debet, d. h. eine Klage muß so eingerichtet sein, daß sie auf alle aus dem wahren Sachverhältnisse etwa hergeleiteten Einwendungen des Beklagten gefaßt ist, namentlich muß man schon in der Klage eine getreue und vollständige Darstellung des wahren Sachverhältnisses fordern, wie es dem Geiste der Eventualmaxime, welche unnütze Prozeßverschleifungen verhüten will, angemessen ist.

---

[52]) Die Irrthümer der meisten Schriftsteller rühren daher, daß sie von der Ansicht ausgehen, zu einer Klage vor Gericht gehöre blos die Aufstellung der wesentlichen Merkmale eines Rechtsgeschäftes nach Civilrecht. Der Civilprozeß hat aber eben so gut, wie das abstracte Civilrecht seine besonderen Erforderniſſe, und wer eine Klage vor Gericht durchführen will, muß beiden genügen.

In vielen Fällen, in welchen Beklagter die Mangelhaftigkeit des Klaggrundes rügt, ist jedoch eine sorgfältige Prüfung nöthig, ob die Erklärungen des Klägers in der s. g. Replikhandlung eine bloße Erläuterung desjenigen ist, was schon ausdrücklich oder doch nach allen Umständen stillschweigend in der Klage enthalten ist, oder ob sie als wahre mutatio libelli erscheinen, was stets eine quaestio facti sein wird.

Daß diejenigen Fälle, in welchen nach der Natur der Sache eine vorgängige Leistung des Klägers nicht möglich ist, nicht hierher gehören, z. B. bei der Klage des Miethers auf Einräumung der Wohnung rc. [53]), versteht sich von selbst. [54])

Kehren wir nun zu Albrecht zurück, so muß dieser, falls er behauptet, die Einrede der synallagmatischen Gegenforderung entstehe erst durch ein factum contrarium des Beklagten, d. h. dessen Erklärung, er sei wegen der Gegenforderung nicht schuldig, zugestehen, daß die von ihm s. g. Replik kein Wiederaufhebungsgrund der Einrede, also keine wahre Replik ist, da das Factum der Erfüllung der Gegenforderung, auf welche die Einrede gestützt wird, früher da war, wie die Einrede selbst; es müßte denn Albrecht behaupten wollen, die Replik entstehe ebenfalls erst durch ein factum contrarium, nämlich durch das gerichtliche Vorbringen des Klägers. Daß aber eine solche Erklärung eine höchst gezwungene ist, und gerade im practischen Leben nur zu Verwirrung führen muß, ist wohl einleuchtend. Nach Albrechts Ansicht (mit welcher Heerwart l. c. S. 229, VI. übereinstimmt, wovon unten

---

[53]) L. 30. §. 3. D. loc. cond. 19. 2.

[54]) Mühlenbr. Pand. Bd. II. §. 334 sagt: „So oft aus einem vollständig zweiseitigen Vertrage auf Erfüllung geklagt wird, muß der Kläger entweder gehörige Erfüllung anbieten oder beweisen, daß er seinerseits erfüllt habe, falls nicht die Natur des contractlichen Verhältnisses etwas anderes mit sich bringt,“ spricht sich jedoch nicht darüber aus, ob dieser Beweis Klags- oder Replikenbeweis sein solle, vergl. Note 6, l. c. Gönner, Handbuch, S. 207 cf. drückt sich etwas stark aus: „Die berufenen Einreden rei non sic sed aliter gestae, non adimpl. contract. u. dergl. können ohne grobe Verletzung des schlichten Menschenverstandes nicht für wahre Einreden angesehen werden.“

§. 18) käme es weder zum Klage-, noch zum Einredebeweis, sondern das Beweisverfahren finge von vornherein mit dem Replikenbeweis an.

Zur Rechtfertigung seiner Ansicht sagt Albrecht S. 188 cf.: [55]) „Aus dem Gesichtspunkte der Wiederaufhebung eines entstandenen Klagrechts muß auch die exc. non und non rite adimpl. contract. behandelt werden. Die s. g. synallagmatischen Rechtsverhältnisse sind ihrer Natur nach Doppel-Obligationen; aus demselben Rechtsgeschäfte erwirbt jeder der beiden Contrahenten ein jus, und begründet eine Verbindlichkeit gegen den andern, und diese gegenseitigen zwei Forderungen unterscheiden sich von anderen Gegenforderungen nur durch ihre gleichzeitige Begründung. Wie aber solche fremde Gegenforderungen in dem Augenblick, wo beide klagbar werden — aus dem Gesichtspunkte der Compensation — gegen einander auch fällig werden, und, sofern sie beide ejusdem qualitatis et quantitatis sind, einander aufheben, beziehungsweise, soferne sie disparis generis, gegen einander wenigstens das Retentionsrecht begründen; wie hier ferner der Kläger blos auf sein eigenes Forderungsrecht, ohne Rücksicht auf das Gegenüberstehen der Gegenforderung, seine Klage fundirt: ebenso trifft dies auch bei den synallagmatischen Geschäften zu, was um so weniger zu bezweifeln ist, als das Verhältniß der beiden gegen einander synallagmatisch begründeten Forderungen im Justinianischen Rechte gemeinschaftlich mit dem Verhältnisse anderer Gegenforderungen unter einem und demselben Gesichtspunkte der Compensation vereinigt und behandelt ist. Will sich demnach der Beklagte aus dem Grunde gegen die Klage schützen, daß Kläger seine Obligation noch nicht gelöset habe, so besteht sein prozessualisches Vorbringen lediglich darin, daß er demselben seine (des Klägers) aus dem synallagmatischen Geschäfte begründete Forderung an sich zugesteht, dagegen aber seine eigene aus demselben Geschäfte be-

---

[55]) Es sei mir erlaubt, hier nochmals eine längere Stelle wörtlich anzuführen, weil dieselbe des Zusammenhanges und Verständnisses wegen durchaus in derselben Fassung wiedergegeben werden muß.

gründete Gegenforderung als Compensations-, vielmehr Retentionsgrund gegenüber hält; sein Beweis besteht demnach nur darin, daß diese Gegenforderung entstanden sei, — ein Beweis, der nun freilich durch die Klageschrift erspart wird, indem darin der Kläger seine eigene Forderung nicht ohne Erwähnung also Eingestehung der Gegenforderung fundiren kann. Glaubt nun aber Kläger seine durch das synallagmatische Geschäft eingegangene Verbindlichkeit bereits erfüllt zu haben, so muß er der Einrede der Gegenforderung resp. Compensation replicando entgegenhalten, daß diese Gegenforderung bereits erfüllt sei, und er ist es dann, der den Beweis hiefür zur Stelle zu bringen hat. Je nachdem ihm nun dieser Beweis gelingt oder mißlingt, fällt das Urtheil dahin aus, daß ihm beklagter Käufer z. B. den Kaufpreis bezahlen müsse, oder daß Beklagter der Klage wegen zustehenden Retentionsrechtes zu entbinden sei. Hieraus geht also hervor, daß es eigentlich keine exc. non oder non rite adimpl. contr. geben könne, sondern nur die Einrede einer (synallagmatischen) Gegenforderung, die, wie sonst Gegenforderungen, als Compensations- oder Rententionseinreden — totale oder theilweise, perpetuirliche oder temporäre Wiederaufhebungsarten des Klagrechts sind; daß ferner nicht den Beklagten der Beweis der Nichterfüllung, sondern nur den Kläger der (Repliks-, nicht Klags-) Beweis der wirklichen Erfüllung treffen könne u. s. w."

Nachdem nun Albrecht vorher über die Ausführungen derjenigen Schriftsteller, welche von dem älteren Gebiete der Exceptionen blos diejenigen Thatsachen absonderten, welche wesentlich zum Grunde der Klage zu rechnen seien, gesagt, daß dadurch die Gränzlinie zwischen Einrede und Antwort noch bei weitem nicht scharf genug abgesteckt sei, indem der Begriff von wesentlichen, zum Klaggrunde gehörigen Thatumständen auf keiner sichern Basis beruhe, wie gleich das Beispiel der except. non adimpl. contractus darthue, giebt er S. 178 an:

„Erwägt man, daß z. B. der Kaufcontract kein Realcontract ist, sondern durch den bloßen Consens allein schon perfect wird, so kann der Umstand, daß der klagende Verkäufer das

Kaufsobject noch nicht tradirt hat, doch wohl nicht als ein zur Bedingung des Klagerechts wesentlicher Umstand angesehen werden. Dies ist auch dann nicht der Fall, wenn man annimmt, bei zweiseitigen Verträgen werde die Erfüllung der einen Partei stillschweigend zu einer Bedingung für die Erfüllung der andern gemacht. Denn ein unter einer Suspensivbedingung abgeschlossener Vertrag hat vor dem Eintritte der Bedingung noch gar kein Recht und keine Verbindlichkeit begründet, doch aber heißt es von den Consensual-Verträgen: »consensu fit obligatio.« Mit Fug kann daher diese Einwendung und zwar nach dem vorgetragenen Gesichtspunkte selbst nicht in die Sphäre der Klagsbeantwortung gestellt werden, u. s. w."

Albrecht legt also besonderes Gericht darauf, daß die obligatio schon solo consensu perfect werde, und deshalb eine Klage begründe.

Heut zu Tage sind nun alle Verträge Consensualcontracte, also bei jedem Vertrage heißt es: „consensu fit obligatio", und sobald dieser Consens da ist, ist auch Kläger zu einer Klage berechtigt. Nun sagt Albrecht S. 173, bei der s. g. exceptio non numeratae pecuniae habe der Beklagte den Beweis nicht zu führen, weil sie in der That nichts enthalte, als einen Widerspruch des Klagegrundes. Bei dem Kaufe behauptet also Albrecht, habe z. B. der Verkäufer auch noch vor der Tradition ein Klagrecht — consensu fit obligatio. — Schütze Beklagter vor, Kläger habe seine Verbindlichkeit noch nicht erfüllt, so sei dies eine Einrede der Gegenforderung, und Kläger müsse nun den Beweis seiner Replik führen (ohne daß jedoch die Einrede bewiesen zu werden brauche), daß er die Gegenforderung getilgt habe. Bei dem Darlehn aber sagt Albrecht, die Einrede der Gegenforderung enthalte blos eine Klagableugnung, also müßte er consequent sagen: consensu non fit obligatio, er leugnete also die unbestrittene Annahme des deutschen Rechts, daß alle Verträge durch bloßen Consens perfect würden, und behauptet, heut zu Tage sei die Eintheilung in Consensual- und Realcontracte noch practisch. Er verlangt auf der einen Seite, daß

der Darleiher in der Klage anführe und als Klaggrund beweise, daß er das Geld gezahlt, er behauptet auf der andern Seite, daß der Verkäufer in der Klage die erfolgte Tradition (oder auch nur die Bereitwilligkeit dazu, was prozessualisch gleichbedeutend ist) nicht anzuführen, und als Klaggrund nicht zu beweisen brauche, sondern, daß erst die Einrede, Kläger habe die aus dem unbestrittenen Consensualvertrage für den Beklagten erwachsene Gegenforderung noch nicht erfüllt, von dem Beklagten vorgeschützt (jedoch nicht bewiesen) werden müsse, und daß dann erst der Kläger replicando anführen resp. als Replik beweisen müsse, daß er den aus dem unbestrittenen Consensualcontract für den Beklagten erwachsenen Anspruch getilgt habe.

Albrechts Theorie könnte nur dann gerechtfertigt erscheinen, wenn er unter synallagmatischen Rechtsgeschäften blos diejenigen verstände, welche ein eigentliches Tauschverhältniß enthielten, und davon diejenigen ausnähme, welche bei den Römern Realcontracte waren, oder überhaupt diejenigen, wo die Gegenleistung in einem Zurückgeben besteht. Allein der Etymologie des Wortes nach ist der Begriff des Tausches [56]) durchaus nicht umfassend für *συνάλλαγμα* oder *συνάλλαγμάτικος*, und paßt auch gar nicht zu der Erklärung, welche Albrecht selbst S. 188 und 189 giebt, da die Einrede der synallagmatischen Gegenforderung daselbst von ihm (S. 190) an die Stelle der allgemeinen exceptio non und non rite adimpleti contr. gestellt wird. Denn sobald man nicht das römische Vertragssystem als bei uns geltend annehmen will, muß man sagen: bei allen Obligationen auf Leistung und Gegenleistung, möge diese letztere nun einen reinen Tausch enthalten, oder eine tauschähnliche sein, oder möge

---

[56]) In L. 7. §. 1 u. 2. D. de part. 2, 14, wird das Wort *συνάλλαγμα* für die unbenannten, im Gegensatze der benannten Contracte, namentlich der emptio venditio und societas gebraucht, bei welchen Albrecht unbezweifelt die Einrede der s. g. synallagmatischen Gegenforderung gestattet; er könnte also diese Stelle nicht für sich benutzen.

sie in einem Zurückgeben bestehen, sind Doppelobligationen vorhanden. [57])

Sobald ein gültiger Consens vorliegt, erwirbt, um mit Albrecht zu reden, aus demselben Rechtsgeschäfte jeder der beiden Contrahenten ein jus und begründet gegen den andern eine Verbindlichkeit, und diese zwei Gegenforderungen unterscheiden sich von den andern Gegenforderungen (selbständig entstandenen) nur durch ihre gleichzeitige Begründung. Das Darlehn hat z. B. mit dem Tausch und Kaufe, sobald man es als Consensualvertrag betrachtet, bezüglich der Leistung und Gegenleistung die größte Aehnlichkeit. Mit dem Tausche, weil die dargeliehene Sache, Geld, Frucht, Waaren rc. in das Eigenthum des Empfängers übergehen, und nun, wenigstens der Intention der Contrahenten gemäß, ganz fremde, wenn auch ex eodem genere, doch nicht identische Gegenstände die Gegenleistung ausmachen sollen. Mit dem Kaufe, der ja aus dem Tausche entstanden ist, [58]) weil auch etwas gegeben wird, was mit der Leistung des Klägers nicht identisch ist.

Diejenigen Rechtsgeschäfte, wo die Gegenleistung in dem Zurückgeben einer species besteht, unterscheiden sich von allen

---

[57]) Nehmen wir z. B. die Fälle: A. klagt auf Bestellung einer bei Abschluß eines Darlehnsvertrags versprochenen hypotheca oder eines pignus. B. schützt die Einrede der synallagmatischen Gegenforderung vor. Oder A. klagt auf versprochene Zinsen, B. schützt die exc. non num. pecun. vor, welche hier weiter nichts ist, als die except. non adimpl. contract., eine Einrede der Gegenforderung. Wenn auch der Pfand- und Zinsvertrag nicht an sich in dem Darlehnsvertrage liegen, so sind sie doch, schon nach ihrer rein accessorischen Natur, als Bestandtheile des Darlehnsvertrags anzusehen, und unterscheiden sich für unsere Frage, namentlich nach unserm heutigen Vertragssystem, in nichts von dem Kauf, Tausch, Miethe rc. Es würde der von dem Beklagten, welcher auf Zinsen belangt wird, vorgeschützte Einwand des nicht empfangenen Geldes, sowie der Einwand des auf Auszahlung des Darlehns belangten Gläubigers, daß Kläger, resp. Darlehnsempfänger erst eine Hypothek errichten müsse, nichts anderes sein, als die von Albrecht s. g. Einrede der synallagmatischen Gegenforderung.

[58]) L. 1. D. de contr. empt. 18, 1.

übrigen Obligationen nur dadurch, daß das zu leistende Object ganz das nämliche ist. Wenn aber auch z. B. das Vertragsobject noch nicht überliefert ist, so besteht nichts destoweniger ein vollständiger Hinterlegungs- Leih- Faustpfandvertrag, eine vollständige civilrechtliche obligatio, auf beiden Seiten ein Recht und zugleich eine Pflicht, oder wie sich Albrecht ausdrückt eine Doppelobligation.

Meiner Ansicht nach liegt nach unserem heutigen Rechte allen doppelseitigen Rechtsgeschäften unbezweifelt der gemeinsame Gesichtspunkt zu Grund, daß, falls überhaupt ein gültiges Rechsgeschäft civilrechtlich vorliege — consensu fit obligatio — von beiden Contrahenten die vorgängige Gegenleistung (oder doch die Erklärung der Bereitwilligkeit dazu) von Seiten des Klägers als stillschweigende Bedingung der Klage auf die Gegenleistung betrachtet werden solle, und daß, wenn Beklagter (der ja, wenn er will, auch eine formell zwar zulässige, aber wie er weiß, materiell durchaus unbegründete Forderung bezahlen kann) diese Bedingung geltend mache, resp. aus diesem Grunde die Gegenleistung verweigere, Kläger die Behauptung der vorgängigen Leistung zu einem Theile seines Klaggrundes machen, und falls Beklagter dieselbe leugne, als Klaggrund beweisen müsse; denn sonst liegt gar keine Rechtsverletzung vor, und diese gehört, wie Linde Abhdl. S. 88 fg. ganz richtig sagt, stets zum Klaggrunde. Im Uebrigen s. den Anfang dieses §. Die Theorie Albrechts würde dem Kläger blos Gelegenheit zu einem Manöver (resp. zu einer Prozeßverschleifung) geben, um einmal zu probiren, ob sich Beklagter vertheidigen oder in contumaciam seine Einrede verlieren wolle, und die Klage und Vernehmlassung würden dadurch ganz überflüssig.

§. 17.

Fortsetzung.

Nach diesen Erörterungen glaube ich behaupten zu dürfen, daß der von Albrecht aufgestellte Begriff von Sach-Einrede,

S. 206. „Peremptorische Exceptionen oder zerstörliche Einreden sind vom Beklagten vorgewendete Thatumstände, welche die aus dem objectiv und an sich begründeten Klaganspruch für dessen rechtliche Existenz entspringenden Vermuthungen zerstören," nicht zutreffend sei, und namentlich auf einer Verwechslung des richterlichen Standpunktes bei Erlassung des Beweisinterlocuts mit demjenigen bei Prüfung der gebrauchten Beweismittel resp. bei Erlassung des Enderkenntnisses beruhe, wie ganz deutlich aus den, der obigen Definition vorhergehenden Worten Albrechts erhellt, nach welchen die durch den klägerischen Beweis erbrachten Vermuthungen den gemeinsamen Gesichtspunkt für alle Einreden abgeben sollen.

Zum Schlusse dieser Abhandlung will ich nun noch kurz über die Ansichten einiger anderer Schriftsteller wenige Worte beifügen, sodann die Frage beantworten, was man unter dem Ausdrucke der s. g. förmlichen Wahrheit zu verstehen habe, wie der Beweis der Unbedingtheit eines Rechtsgeschäftes von dem Kläger erbracht werden könne, namentlich mit Bezug auf den Beweis durch Urkunden, und sodann nach Anwendung des bisher Gesagten auf das s. g. Formverfahren, unter Bezugnahme auf das von mir oben §. 7 aufgestellte System meine Definition von Klagableugnung und Einrede geben.

§. 18.

Ansichten einiger anderer Schriftsteller.

Die beste Begriffsbestimmung von Einrede, welche sich vorfindet, ist jedenfalls diejenige, wie sie Bayer, Vortr. S. 357 giebt, nämlich: „Unter Einreden versteht man jene Vertheidigung des Beklagten, bei welcher er zwar zugiebt, oder doch zugeben könnte, daß das Recht des Klägers in Folge seines Vorbringens dem Begriffe und den wesentlichen Merkmalen nach als fundirt erscheine, daß aber dieses Recht wieder aufgehoben, oder durch ein bei dem Begriffe jenes Rechtes zunächst nicht in Betracht kommendes Verhältniß in seiner Entstehung gehindert worden sei."

Allein sie ist gerade in Bezug auf die bestrittenen Punkte unserer Lehre ebenso unbestimmt, wie der von Bayer vorher gebrauchte Ausdruck: „Intention des Klägers," womit dasjenige bezeichnet werden soll, was zum Klaggrund gehöre. Gegen die Bayersche Definition der Einrede ist, abgesehen von der, einen sehr fühlbaren Mangel bei Behandlung des Civilrechts treffenden, oben §. 10 bereits erwähnten Bemerkung Bethmann-Hollwegs (Vers. S. 368 ff.) einzuwenden, daß das von Bayer hervorgehobene Wort „zunächst" uns gerade, wie erwähnt, für die schwierigen und bestrittenen Fälle unserer Lehre in der Anwendung in den bisherigen Zweifeln läßt, was auch Bayer S. 358 theilweise selbst zugiebt. Der Ausspruch Bayers l. c. S. 357, wornach er das Princip der Beweislast, als für den Begriff der Einrede normgebend verwirft, ist nicht zutreffend. Denn will Bayer mit dem Ausdrucke: „daß der Beklagte zuerst den Beweis übernehmen müsse, sagen, der von dem Beklagten zu führende Beweis sei ein s. g. Haupt- oder Vorbeweis, so ist dieß unrichtig. Das Gesetz erkennt die Beweispflichtigkeit des Klägers vielmehr principiell an, befreit ihn jedoch ausnahmsweise von der wirklichen Beweisführung durch die Präsumption, der Beweis sei schon geführt, resp. die Sache sei wahr, so daß Beklagter, wenn er dies entkräften will, wie in allen Fällen des geführten Hauptbeweises, den (s. g. directen) Gegenbeweis übernehmen muß. Ein Gegenbeweis gegen diesen Gegenbeweis wäre, wie Bayer selbst zugeben wird, unzuläßig. Daß also die Beweislast prinzipiell den Beklagten treffe, ist blos scheinbar.

Bei Bestimmung des Begriffs von Einrede mit Hülfe der Beweislast handelt es sich auch blos darum, welchen Beweis der Beklagte prinzipiell zuerst übernehmen muß, so daß dem Kläger die reprobatio, der (s. g. directe) Gegenbeweis offen bleibt.

Die Darstellung von Borst §. 64, welche Albrecht, wie bereits früher erwähnt, S. 200, Note 16, tadelt, hat sehr viel Wahres an sich, und ist durchaus nicht als unrichtig, sondern der Sache ziemlich nahe kommend zu betrachten. Die ganze

Darstellung von Vorst, welche unverkennbar, sobald man sie gründlich durchgeht, sehr scharfsinnig ist, bewegt sich übrigens zu viel in philosophischen Abstractionen, um recht practisch zu sein, woher es kommt, daß sie in der Regel nicht in dem Maß gewürdigt wird, wie sie es verdient.

Ebenso verhält es sich mit der Darstellung Sibeths. [59])

Es liegt viel Wahres darin, obgleich die Bezeichnungen, und, wie Gönner sagt, die ganze Darstellungsweise ziemlich unverdaulich sind, so daß sie im practischen Leben wenig Anklang gefunden haben.

Die Darstellung von Heerwart im Archiv f. civ. Pr., Bd. 14, S. 234 fg. ist durchaus nicht zu billigen. Für den S. 235 unter f. aufgestellten Satz: „das heutige Recht hat das Wesen und die rechtlichen Folgen der exceptio nicht geändert," ist zwar zuzugeben, daß für wahre Einreden heut zu Tage noch die Folgen der römischen exceptio gelten (z. B. reus excipiendo fit actor, qui excipit probare debet etc.), [60]) dagegen aber einzuwenden, daß der heutige Begriff von Einrede durchaus nicht derselbe ist, wie der von exceptio im R. R., besonders nicht wie derjenige vor Aufhebung des Formularverfahrens, aus welcher Zeit alle von Heerwart unter b. c. und d. zum Beweise angeführten Pandectenstellen herrühren. [61])

Heerwart sagt S. 226 selbst, daß man heut zu Tage einen Unterschied mache zwischen wahren Einreden und solchen, die es nicht seien, ein Unterschied, der den Römern nicht bekannt gewesen. Trotzdem aber will er doch ganz das römische Recht beibehalten wissen.

Damit ist auch der Satz Heerwarts S. 234 c.: Die Gesetze erkennen die Behauptung des Beklagten, daß Kläger nicht

---

[59]) Ich habe dieses Buch leider nicht bekommen können, so daß ich mich auf Gönners Hdbch., Bd. II., S. 387 fg. beschränken mußte.

[60]) Vergl. Albrecht S. 169.

[61]) Vergl. besonders Bayer, Vortr., S. 352 ff., und Vorwort zu Albrecht, sowie Albrecht selbst, §. 38, S. 182 und 183.)

erfüllt habe, und erst erfüllen müsse, als Gegenstand einer exceptio an," erledigt, worüber noch besonders L. 1. pr. et §. 1. D. de rer. perm. 19. 4, sowie Albrecht S. 176 zu vergleichen ist.

Den Satz lit. b.: „Die Gesetze erfordern nicht zur Entstehung der obligatio bei zweiseitigen Verträgen, daß der Klagende seinerseits erfüllt habe," wird nach dem heutigen Vertragssystem Niemand bezweifeln, wohl aber gehört dies zu den prozessualischen Erfordernissen des Klaggrundes, welchen Kläger eben so, wie den blos civilrechtlichen, Genüge leisten muß. [62])

Ueber den Satz unter a.: „Zum Klaggrunde gehört nichts weiter, als was die Gesetze dazu erfordern, daß eine vollkommene obligatio des Beklagten entstehe," ist dasselbe zu sagen, was oben gegen die Ansicht Albrechts erinnert wurde. Heerwarts Beweisführung S. 228 fg. beruht auf dem ängstlichen Festhalten an dem Begriffe der römischen exceptio, obgleich, wie schon oben erwähnt wurde, Heerwart S. 226 zugesteht, daß heut zu Tage ein Unterschied zwischen wahren Einreden und solchen, die es nicht seien, gemacht werden müsse.

Ueber das Vorhandensein einer Rechtsverletzung bei Anstellung einer Klage sagt Heerwart:

„Es ist augenscheinlich etwas anderes das, was zuletzt nothwendig ist, um den Beklagten zu verurtheilen, und das, was zur gerichtlichen Anbringung einer Klage erforderlich wird, d. h. dazu, daß eine Klage für sich betrachtet als mit den Rechtsnormen übereinstimmend und zur Annahme und rechtlichen Verfügung von Seiten des Gerichts geeignet erscheine. Nur das letzte bildet den Klaggrund, und dazu gehört nichts weiter, als daß die vorgetragenen Thatsachen an sich genügend sind, das Verlangen des Klägers zu rechtfertigen. Dazu ist das wirkliche Dasein einer Rechtsverletzung nicht nothwendig, man müßte sonst auch behaupten, daß es einer Klage am gehörigen Klaggrund gebreche, wenn der Beklagte eine gleich große Gegenforderung entgegensetze.

---

[62]) Vergl. Linde, Lehrb. §. 152, bes. Note 8. Mühlenbr. Pand. §. 334.

Denn da durch eine solche die Forderung schon getilgt war, so war auch keine Rechtsverletzung mehr vorhanden. Hieraus würde mit logischer Strenge folgen, daß es zum Klaggrund mit gehöre, zu behaupten, es sei der Klaganspruch auch durch kein weiteres Ereigniß aufgehoben, und doch wäre das entschieden falsch."

Das zu Anfang dieser Behauptung Gesagte ist ganz richtig, nicht aber in dem Sinne, wie Heerwart es will, sondern es macht blos den Unterschied, daß in dem einen Fall der Richter die Klage a limine abweist, d. h. wenn eine Klage für sich betrachtet mit den Rechtsnormen nicht übereinstimmt, und zur Annahme und rechtlichen Verfügung von Seiten des Gerichts nicht geeignet erscheint, und daß in dem andern Fall, d. h. wenn, abgesehen von diesen allgemeinen Erfordernissen, sich durch die Verhandlungen herausstellt, daß in concreto für den Kläger keine Rechtsverletzung vorliege, dieselbe angebrachtermaßen abgewiesen wird. Auch die Argumentation Heerwarts, daß zu dem Klaggrund das wirkliche Dasein einer Rechtsverletzung nicht gehöre, weil man sonst auch behaupten müsse, daß es einer Klage am gehörigen Klaggrunde mangele, wenn der Beklagte eine gleich große Gegenforderung entgegensetze, indem, da durch eine solche die Forderung schon getilgt gewesen, auch keine Rechtsverletzung mehr vorhanden sei, ist unrichtig. Denn will Heerwart hiermit auf ein wahres Compensationsverhältniß hindeuten, so wird derselbe zugeben, daß die Compensation nicht ipso jure im Gegensatz zu der sonst s. g. Vertheidigung ope exceptionis wirkt, daß also die Forderung des Klägers durch das bloße Vorhandensein einer gleich großen Gegenforderung von Seiten des Beklagten nicht schon getilgt war, [63]) und will Heerwart blos auf gewöhnliche gegenseitige Forderungen aus einem Rechtsgeschäfte hindeuten, so wird er zugeben, daß in diesen Fällen von einer Tilgung der Forderung durch die bloße Existenz einer gleich großen Gegenforderung gar keine Rede sein könne.

---

[63]) Vergl. Mühlenbruch Pand., 4. Aufl., B. II. §. 472, Note 1.

Die Darstellung und das System Bethmann-Hollwegs, Vers. Nr. V., ist durchaus nicht durchgreifend. Es wird die Beweislast nämlich daselbst theils nach dem Grundsatz affirmanti non neganti incumbit probatio, theils auf das Verhältniß der Ausnahme zur Regel, theils auf die Präsumptionstheorie gestützt S. 332 fg. Allein das Ganze ist, namentlich wo der Effect der Sache behandelt wird, S. 369 fg., so schwankend, daß die Mängel der übrigen Theorien dadurch im Wesentlichen nicht beseitigt werden. Namentlich zeigt sich auch hier wieder (vergl. besonders S. 354 Nr. 2 und S. 372 i. f. und 373) die nicht gehörige Würdigung des Verhältnisses zwischen dem Civilrechte und dem Civilprozeß. Denn will man z. B. den Irrthum als eigentlich zum directen Gegenbeweis gehörig betrachten, weil zu dem vom Kläger behaupteten Vertrag vor Allem der Consens der Parteien gehöre, der Irrthum aber den Consens ausschließe, so muß man auch den Betrug und Zwang, welche Bethmann-Hollweg als wahre Exceptionen unter den indirecten Gegenbeweis stellt, zum Gegenstand des directen Gegenbeweises machen. Nach den Regeln des Civilrechtes gehört zur Gültigkeit des von dem Kläger behaupteten Vertrags nicht blos Consens, sondern unbezweifelt auch ein freier Consens, eine freie Willensbestimmung. Sowohl beim Irrthume, wie auch beim Betrug und Zwang liegt äußerlich eine Willenserklärung vor, nur ist dieselbe eine mangelhafte, nicht diejenige, wie sie ein nach den Regeln des Civilrechtes gültiger Vertrag verlangt. Es stehen deshalb Irrthum, Betrug und Zwang bezüglich der Beweislast ganz auf gleicher Stufe, und man muß sie deshalb consequent entweder sämmtlich zum Gegenstand des directen oder sämmtlich zum Gegenstand des indirecten Gegenbeweises machen.

§. 19.

Ueber den Grundsatz der formellen Wahrheit im Prozesse.

Theils aus der Ueberzeugung der Mangelhaftigkeit menschlicher Einsicht, theils aus dem Prinzipe der Freiheit und Willkür

jedes Menschen hat sich in dem Civilprozesse, bei welchem es sich nicht um höhere Güter, sondern blos um Mein und Dein handelt, der Grundsatz der von Möser [64]) s. g. förmlichen Wahrheit (certitudo juridica) gebildet. Damit soll nun durchaus nicht gesagt werden, daß der Richter gar keine materielle Prüfung vornehmen dürfe. Im Gegentheil muß derselbe davon ausgehen, daß das materielle Recht in dem formellen möglichst verwirklicht werde. In diesem Streben ist er jedoch theils durch die, auf die oben erwähnten Grundsätze gestützte, gemeinrechtliche Verhandlungsmaxime beschränkt, welche ihm die Gränzen beschreibt, innerhalb deren er das materielle Recht, welches wie die Wahrheit überhaupt nur eines sein kann, realisiren darf, theils helfen die Gesetze etwaigen allzugroßen Bedenklichkeiten eines Richters (damit Prozesse nicht unentschieden bleiben) dadurch nach, daß sie gewisse Regeln geben, nach welchen derselbe etwas als wahr annehmen darf, wofür ihm blos eine äußerlich erkennbare Wahrscheinlichkeit, der Schein der Wahrheit, beigebracht ist, selbst für den Fall, daß das Gegentheil sich recht gut denken ließe, soferne nur dessen Annahme sich nicht aus dem vorliegenden Inhalte der Beweismittel ergiebt. Allein auch dieses letztere ist wieder mit einer gewissen Einschränkung zu verstehen. Der Richter ist nämlich zwar bezüglich der Verwirklichung des materiellen Rechtes auf denjenigen Kreis beschränkt, welchen ihm die Angaben der Parteien gezogen, und für die Bewahrheitung dieser Angabe wieder auf die von den Parteien gebrauchten Beweismittel, allein innerhalb dieser Gränzen ist ihm eine selbständige materielle Prüfung nicht blos erlaubt, sondern sogar geboten. Er muß deshalb die Zeugen, welche ja beschwören müssen, daß sie für die Wahrheit des vorliegenden Falles nichts verschweigen, selbst ex officio anhalten, daß sie ihre Sinnenwahrnehmung in jeder Beziehung vollständig angeben, und es kann nicht von den Artikeln oder Fragstücken abhängen (falls nicht die Gegenpartei ausdrücklich dies genehmigt),

---

[64]) Patr. Phant., Thl. IV., S. 113.

daß ein Zeuge blos über einzelne Punkte abgehört werde; vielmehr muß der Richter die gesammten Verhandlungen dabei zu Grunde legen.

Bei Urkunden ist die Prüfung deshalb in der Regel leichter, weil der Richter sich blos an den gegebenen Inhalt zu halten braucht. Wir müssen jedoch auf diesen Punkt unten nochmals zurückkommen. Ebenso wollen wir den Eid in dem folgenden §. besonders betrachten. Bei Sachverständigen gelten im Allgemeinen dieselben Grundsätze, wie bei den Zeugen. Namentlich hat der Richter die Pflicht, sich über alle Umstände, welche in den Parteiverträgen liegen, Auskunft zu verschaffen, und selbst die Zweifel der Sachverständigen zu beachten. Bei dem Augenschein tritt innerhalb der oben bezeichneten Gränzen die Untersuchungspflicht des Richters am schärfsten hervor, indem er Alles aufsuchen muß, was für die eine oder für die andere Partei spricht. Es würde eine sehr unwürdige Ansicht von der Stellung des Richters sein, wenn man ihm diese Rechte nicht zusprechen, und ihn zur bloßen Maschine der Parteien herabsinken lassen wollte.

§. 20.

Wie wird der Beweis der Unbedingtheit eines Rechtsgeschäftes beigebracht?

Wir haben in dem vorhergehenden §. gesehen, was unter der s. g. förmlichen Wahrheit zu verstehen sei, d. h. daß sich der Richter mit einem gewissen Grade von Wahrscheinlichkeit, mit demjenigen, was ihm sinnlich erkennbar vorliegt, begnügen darf, um seine Entscheidung darauf zu bauen. Es dürfen ihm jedoch keine thatsächlichen Zweifel für das Gegentheil vorliegen. Dabei ist es nun von der größten Wichtigkeit, von welcher Ansicht man bei Interpretation des Beweisinterlocutes ausgeht, resp. welchen Umfang nach dem Beweissatze die Beweislast einer Partei habe.

Für diejenigen Fälle, welche wir oben §. 10 unter Nr. I. aufzählten, wird dies regelmäßig von geringerer Bedeutung sein,

weil dabei blos die bestimmten Voraussetzungen des Civilrechtes zur Sprache kommen; allein von der größten Erheblichkeit ist es bei den Fällen sub II., wo es auf die Privatwillkür zweier Personen ankommt, wo das Civilrecht erst dann zur Anwendung kommt, si nihil convenit, wie die Römer sagen. (L. 11. §. 1. D. 19. 1.) Und zwar besteht diese Erheblichkeit hauptsächlich darin, ob man den Beweissatz des Klägers so auffaßt, daß er den Ausschluß der von dem Beklagten vorgeschützten relevanten Einwendungen, namentlich die Unbedingtheit seines Klaganspruchs beweisen müsse, oder nicht. Daß der Beweis einer Negative recht gut auferlegt werden könne, darüber ist man seit den Ausführungen von Weber l. c. S. 132 fg. nicht mehr zweifelhaft.[65])

Ich gebe nun recht gerne zu, daß es oft unmöglich ist, alle Einwendungen des Beklagten in der Form der Negative in den klägerischen Beweissatz zu bringen; allein ich behaupte, daß, so oft dies möglich ist, man denselben wenigstens allgemein so fassen muß, daß der erhobene Anspruch unbedingt (actio pura) sei. Geht auch dieses nicht, — was zu entscheiden von dem vernünftigen Ermessen des Richters abhängen muß — so muß in den Entscheidungsgründen, resp. bei Collegien in den Relationen, angegeben werden, daß der Richter bei Aufnahme und Prüfung des klägerischen Beweises davon ausgehen müsse, daß sich nichts Thatsächliches ergeben oder vorfinden dürfe, was gegen die Unbedingtheit spreche. Die Schwierigkeit des Beweises darf auf die Beweislast keinen hindernden Einfluß ausüben. Allein, obgleich die Sache, wie wir unten sehen werden, nicht so gefährlich ist, wie sie aussieht, so darf man nicht glauben, daß es eine leere Spitzfindigkeit sei, indem Jeder, welcher auch nur geringe practische Erfahrung hat, zugeben wird, daß es sowohl für die Officialthätigkeit des Richters bei der Beweisaufnahme, namentlich aber bei Prüfung des Beweises, wo man sich streng an das Beweisinterlocut halten muß, von der größten Wichtigkeit ist, ob

---

[65]) Vergl. auch Bayer, Vortr., S. 435. IV. Vorst B. L. §. 18 fg.

man blos darauf zu sehen habe, daß, wie z. B. Albrecht sagt, Kläger blos seine schlichten Behauptungen, z. B. „daß er dem Beklagten ein Pferd verkauft," oder ob er auch den Ausschluß der Einwendungen des Beklagten, welche keine wahren Einreden sind, zu beweisen habe, also z. B. „daß er dem Beklagten blos ein Pferd, nicht aber mit dem Wahlrecht für den Beklagten alternativ ein Pferd oder ein Maulthier verkauft"; oder, „daß er dem Beklagten eine Stube vermiethet" nicht aber „daß er dem Beklagten die Stube ohne die Bedingung, daß sie binnen acht Tagen tapezirt sein müsse, vermiethet habe."

Es giebt viele Verhältnisse in dem Leben, wo Jemand recht gut eine schlichte Behauptung beweisen kann, sobald der Richter auf die Einwendungen des Beklagten keine Rücksicht nimmt, während dadurch dem Beklagten vielleicht das schreiendste Unrecht geschieht. Es ist eine gänzliche Verkennung der klägerischen Beweislast, eine ganz einseitige Auffassung des Beweisinterlocuts, falls man blos die schlichten (vielleicht recht raffinirt) aufgestellten Behauptungen des Klägers zum Beweise aussetzen, und sich dann stricte an die nackten Worte des Beweissatzes bei der definitiven Prüfung halten will. Die Stellung des Richters bei Prüfung des Beweises ist allerdings eine ziemlich beengte, allein deshalb muß man bei Erlassung des Beweisinterlocuts schon die gehörige Sorgfalt anwenden, und gerade aus der omissio diligentiæ gerathen Prozesse in eine ganz schiefe Richtung, so daß der Richter, welcher das Enderkenntniß zu geben hat, oft selbst sagen muß, es geschieht dem Beklagten Unrecht, allein es läßt sich wegen der Rechtskraft des Interlocuts nichts ändern. Jedenfalls werden dadurch oft unnütze Appellationen und Prozeßverzögerungen hervorgerufen. Ist aber, wenigstens in den Entscheidungsgründen, oder in den Collegialvorträgen, deren Elemente, wie v. Savigny (System Bd. VI. S. 358 fg.) sehr richtig sagt, mit in Rechtskraft übergehen, dem Richter die Befugniß gegeben, auf die Einwendungen des Beklagten sogleich bei Prüfung des klägerischen Beweises Rücksicht zu nehmen, so gestaltet sich das Verhältniß ganz naturgemäß, indem der Be-

klagte gehörig geschützt ist, dem Kläger dagegen zur Verhütung einer übermäßigen Beweislast die s. g. formelle Wahrheit zu Hülfe kommt.

Wie der Beweis der Negative überhaupt, so wird auch der Beweis, daß die von dem Beklagten vorgeschützten Einwendungen nicht vorhanden seien, erbracht, d. h. es darf nichts Thatsächliches vorliegen, was das Vorhandensein der letzteren zuläßt. Liegt also z. B. eine anerkannt gültige und ächte Urkunde vor, in welcher von den Einwendungen des Beklagten nichts steht, so ist der Richter berechtigt, nach dem Principe der förmlichen Wahrheit, welche ihm erlaubt, dasjenige, was ihm äußerlich erkennbar vorliegt, als allein wahr zu betrachten, also sein Urtheil auf die Wahrscheinlichkeit resp. auf den Schein zu gründen, anzunehmen, daß die Einwendungen des Beklagten unbegründet seien, resp. daß Kläger seinen Beweis vollständig erbracht habe.

Hier könnte nun eingewendet werden, die obige Unterscheidung bringe ja dasselbe Resultat hervor, wie die Ansicht der gegentheiligen Schriftsteller, man könne sich also bei dieser, besonders da sie den Begriffen der römischen exceptio näher stehe, füglich beruhigen. Allein dieß ist nicht der Fall. Läßt z. B. die Urkunde gegründete Zweifel zu, zu Gunsten der Einwendungen des Beklagten, so darf selbst für den Fall, daß die schlichten Behauptungen des Klägers daraus an und für sich als bewiesen betrachtet werden könnten, z. B. daß Kläger dem Beklagten ein Pferd verkauft, eine Stube vermiethet habe, der Beweis des Klägers nicht für vollständig erbracht angesehen werden. Und dieses gilt selbst für den Fall, daß Beklagter den ihm nachgelassenen Gegenbeweis nicht angetreten hätte, während nach der Ansicht derjenigen, welche dem Kläger blos den Beweis seiner schlichten Behauptungen auflegen, selbst wenn in der vom Kläger vorgebrachten Urkunde die vom Beklagten vorgeschützte Bedingung[66])

[66]) Z. B. daß er den Kaufpreis erst nach seiner Verheirathung zu bezahlen brauche, unter welcher Bedingung Beklagter nach seinem Vorbringen in der Vernehmlassung den Handel einging.

steht, Beklagter jedoch den ihm auferlegten Beweis der Bedingung versäumt hat, consequent der Beweis des Klägers für erbracht erkannt und Beklagter verurtheilt werden müßte.

Nehmen wir einen Beweis durch Zeugen. A klagt auf Herausgabe eines Hauses zufolge Kaufs. B behauptet, er habe den Kauf nur unter der Bedingung geschlossen, daß A vorher vor Gericht den Consens zur Verheirathung seiner Tochter mit C erkläre, was A zugesagt habe. Dem A wird nun der Beweis auferlegt, daß ihm B das Haus verkauft habe; dem B, daß er nur unter der Bedingung, daß A vor Gericht vorher seinen Consens zur Verheirathung seiner Tochter mit C erkläre, demselben das Haus verkauft habe. A bringt zwei Zeugen, welche aussagen, sie seien dazu gekommen, wie B zu A gesagt: „Nun gut, ich verkaufe Ihnen das Haus." B versäumt den ihm auferlegten Beweis. Die schlichte Behauptung des Klägers ist erwiesen, und B muß verurtheilt werden.

Legt man dagegen dem Kläger den Beweis auf, daß er pure gekauft, so genügt die obige Aussage der beiden Zeugen nicht, weil sie nicht bei dem ganzen Handel waren, weil die Möglichkeit der vom Beklagten vorgeschützten Bedingung zu nahe liegt, weil nach den vorliegenden Verhältnissen die Zeugenaussagen sich offenbar nur auf einen Theil des Geschäftes beziehen. Hier zeigt sich recht deutlich die Verschiedenheit mit der Ansicht Derjenigen, welche, wie z. B. Hänel, eine Bedingung blos als Anhängsel eines Vertrags betrachten. Jede Bedingung gehört zum Inhalte des Vertrags, und wenn die Parteien wollen, zum wesentlichen Inhalte. Wenn dagegen in dem obigen Falle die Zeugen aussagen, sie seien bei dem ganzen Handel zugegen gewesen, und sie hätten nichts von einer Bedingung gehört, so hat Kläger seinen Beweis vollständig erbracht; der Richter ist nach dem Prinzip der formellen Wahrheit vollständig berechtigt, das Nichtvorhandensein der Einwendung des Beklagten anzunehmen. Auf ähnliche Weise verhält es sich mit dem Beweise durch Sachverständige oder richterlichen Augenschein.

Ueberhaupt kommt sehr viel auf das vernünftige Ermessen des Richters, auf eine vernünftige Abwägung aller Umstände an. Ich will mit der Beweisauflage für den Kläger, daß sein Anspruch von den Einwendungen des Beklagten — sofern sie überhaupt rechtlich relevant sind — frei sei, auch nur so viel bewirken, daß der Richter durch eine, blos auf die schlichten Behauptungen des Klägers (mögen dieselben auch nach den abstracten Bestimmungen des Civilrechts genügend sein, um ein Rechtsgeschäft überhaupt zu begründen) gestellte Beweisauflage bei Prüfung des klägerischen Beweises zum Nachtheil der materiellen Wahrheit nicht allzusehr beengt werde, selbst für den Fall, daß Beklagter keinen Gegenbeweis antrete, ohne daß ich deshalb, soweit sich nach den Umständen kein gegründeter thatsächlicher Zweifel erhebt, dem Kläger die Vortheile der formellen Wahrheit irgend wie schmälern will.

Am klarsten aber zeigt sich das ganze Verhältniß, sobald es zum Schiedseid in einem Prozesse kommt, und wir können dies wie die Probe bei einem mathematischen Exempel benutzen.

Gehen wir von der Ansicht derjenigen aus, welche die Bedingung als ein Anhängsel des Vertrags, als etwas betrachten, was nicht zum Begriffe eines Rechtsgeschäftes, oder wie Bayer l. c. sagt, zunächst nicht zum Begriffe eines Rechtsgeschäft gehöre, und setzen wir folgenden Fall:

A klagt gegen B auf Bezahlung von 500 fl. für ein verkauftes Pferd. Er selbst sei zur Tradition des Pferdes bereit. B weigere die Zahlung. B erwiedert, er habe den vom Kläger behaupteten Handel nicht abgeschlossen, sondern er habe das Pferd nur unter der Bedingung gekauft, daß ihm zugleich das Fohlen des Pferdes als mitgekauft überliefert werde. A weigere die gleichzeitige Ueberlieferung des Fohlens, weshalb er auch die Annahme des Mutterpferdes verweigert habe.

Dem A wird nun der Beweis seiner schlichten Behauptung, „daß er dem B das fragliche Pferd verkauft," und dem B, „daß er den Handel nur unter der Bedingung geschlossen, daß das dem Pferde gehörige Fohlen als mitverkauft zugleich überliefert werde," auferlegt.

Kläger schiebt dem Beklagten den Eid zu, und dieser referirt. Wird es hier genügen, daß A beschwört, „daß er dem B das fragliche Pferd verkauft habe?“ In der Regel muß der Richter bei der Eidesformel sich genau an das Beweisthema halten. Es haben zwar viele Schriftsteller, welche den Mangel fühlten, behauptet, wegen der Eigenthümlichkeit des Eides müsse man hier eine Ausnahme machen, und dem Richter gestatten, die Eidesformel unter Berücksichtigung sämmtlicher Vorverhandlungen zu normiren. Allein dies ist durchaus prozeßwidrig, es geschieht aber dennoch in der Praxis sehr oft, wenn man sich eben nicht anders zu helfen weiß. Der Fehler liegt jedoch in der unrichtigen Beweisauflage. Nehmen wir nun aber an, der Richter normire die Eidesformel genau nach dem obigen Beweissatze. Wird er hier nicht jedenfalls bei der Eidesbelehrung dem Kläger sagen müssen, daß er sich keine Mentalreservation machen dürfe, sondern daß er in seiner Eidesformel wenigstens stillschweigend, damit er keinen Meineid begehe, mitbeschwören müsse, daß die von dem Beklagten vorgeschützte Bedingung bei dem fraglichen Kaufe nicht ausbedungen worden sei? Gewiß wird dies Jeder zugeben. Thut er dieses aber, und will er die von dem Beklagten vorgeschützte Bedingung dennoch als Einrede betrachten, so muß er sagen, daß er bei dem Eide eine Ausnahme mache, resp. daß er in seiner Ansicht unconsequent sei. Dasselbe Verhältniß stellt sich heraus, wenn Beklagter den Eid nicht referirt. Denn „daß er das Pferd nicht gekauft habe“ wird er nicht beschwören können, sondern nur „daß er es unter der fraglichen Bedingung gekauft habe.“

Viele Practiker helfen sich dadurch, daß sie den Beweis der Bedingung als s. g. direct-mittelbaren Gegenbeweis selbständig nachlassen; allein abgesehen von der Ueberflüssigkeit dieser nochmaligen Theilung des (s. g. directen) Gegenbeweises, bei richtig aufgefaßter Beweislast des Klägers, kommt der Beklagte oft dadurch in eine fatale Situation, da der (s. g. directe) Gegenbeweis nicht durch Eidesdelation nach der hergebrachten Doctrin und Praxis geführt werden darf. Viele Schriftsteller lassen zwar für die Fälle des (s. g. direct-) mittelbaren Gegenbeweises die Eidesdelation von

Seiten des Beklagten zu, [67]) allein sowohl nach c. 2. X. 2. 19., wie auch nach der bisherigen Praxis bleibt die Sache sehr zweifelhaft.

In alle diese Schwierigkeiten kommt man nicht, wenn man von vornherein die Beweislast des Klägers richtig auffaßt und dieselbe als dahin gehend betrachtet, daß darin, mit Berücksichtigung des Prinzips der formellen Wahrheit, der Ausschluß der vom Beklagten vorgeschützten Modalitäten liege. Schwört hier der Delat, so beschwört er mit seiner Bedingung adäquat das Gegentheil des klägerischen Beweisthemas, und schwört der Relat (Deferent), so ist sein, nach dem Beweisthema leicht zu normirender Eid vollständig dem in den Vorverhandlungen niedergelegten materiellen Rechte entsprechend.

§. 21.

Von dem anticipirten Beweise durch Urkunden.

Eine Anticipation des Beweises, wenn man dieselbe auch für alle Beweismittel zulassen will, wird nach dem heutigen Standpunkte unseres gemeinen Prozesses doch nur dann von Einfluß sein, wenn sie durch Urkunden erfolgt, weil dabei, durch bloße Agnition, Recognition oder Difession, ein vollständiges Beweisverfahren am leichtesten möglich ist. Allein selbst für diesen Fall beschränkt man mit Recht die Pflicht des Beklagten, auf die Beweisanticipation sich zu erklären, [68]) dahin, daß Beklagter dazu nur verpflichtet sei, wenn er weder prozeßhindernde, noch gemeine verzögerliche Einreden vorschütze. [69])

Einen sehr großen Theil der Schuld der bisherigen Verwirrung zwischen Klagableugnung und Einrede trägt nun nicht

---

[67]) Vergl. besonders Heyer, Abhdlg. Nr. VI. S. 105 fg.

[68]) J. R. A. §. 39.

[69]) Mittermaier, Arch. f. civ. P. Bd. I. S. 184 fg. Linde, Lehrbuch §. 210.

blos die Anticipation des Beweises durch Urkunden, sondern auch die regelmäßige Beweisführung durch Urkunden.

Man stellte in der Regel für Rechtsgeschäfte den Satz auf, wie z. B. Mühlenbr., Lehrb. Pd. Bd. I. §. 147. Nr. III:

„Wird das selbständige Vorbringen einer Partei auf ein Rechtsgeschäft gegründet, so ist das äußerliche Dasein der formellen Bedingungen seiner Gültigkeit darzuthun; alsdann ist auch die Richtigkeit der Form und die Wahrheit des Inhaltes so lange anzunehmen, bis das Gegentheil erwiesen wird."

Alle Gesetzesstellen, welche Mühlenbruch zu Rechtfertigung dieses Satzes in Note 7 anführt, beziehen sich, mit Ausnahme des ganz singulären c. 3. X. de succ. ab intest. 3. 27, auf Urkunden, d. h. scripta. Da nun der Richter zufolge des Grundsatzes der formellen Wahrheit berechtigt ist, Dasjenige, was z. B. in einer anerkannten Urkunde steht, für allein wahr zu halten, mit Ausschluß alles Desjenigen, was nicht in der Urkunde steht, wenigstens so lange, bis der Probat das Gegentheil bewiesen; da ferner nach dem ganzen Wesen des Prozesses, namentlich nach dem Grundsatze der formellen Wahrheit, jede Behauptung des Probaten, daß ein äußerlich fehlerfreies Beweismittel aus besonderen Gründen unbrauchbar sei, sich als wahre Beweismitteleinrede [70]) darstellt, ebenso wie z. B. im Vorverfahren die Einrede der Minderjährigkeit, Furcht, Betrugs, Irrthums, als wahre Einrede im Gegensatz der Klagableugnung, so erklärt es sich, daß viele Schriftsteller, namentlich indem sie sogleich an den Beweis durch Urkunden dachten, den Standpunkt des Richters bei dem Beweisinterlocut mit demjenigen nach dem Beweisverfahren vermischten, so daß sie Dasjenige, was nach dem Grundsatze der formellen Wahrheit sich nothwendig als Beweismitteleinrede darstellen muß, auch schon vor aller Beweisführung, d. h. ehe der Richter noch den Inhalt der Originalbeweismittel kennt, für eine wahre Einrede halten zu müssen glaubten, während

---

[70]) Vergl. auch Albrecht l. c. S. 203.

es in dem Vorverfahren sich als bloße Klagableugnung darstellt, und deshalb zur Beweislast des Klägers gehört. Diese Vermischung sehen wir z. B. ganz deutlich bei Albrecht S. 194, bei Treitschke im Arch. f. civil. Pr., Bd. 22, S. 426.

Wird nun der Beweis gültig anticipirt, z. B. durch eine Urkunde, so ist der Richter schon bei Erlassung des ersten Erkenntnisses — sobald der Inhalt der Urkunde überhaupt relevant ist — im Stande, den klägerischen Anspruch für bewiesen zu erklären, sobald in der Urkunde nichts von den vom Beklagten eingewendeten Modalitäten des eingeklagten Rechtsgeschäftes enthalten ist, und da diese Einwendungen, welche ohne die vorliegende Urkunde als eine Klagableugnung erscheinen würden, wegen der äußerlich fehlerfreien Urkunde als wahre Beweismitteleinreden sich darstellen, so muß Beklagter diesen selbständigen Einredebeweis führen, um des Klägers b e w i e s e n e n Anspruch zu entkräften.

Nehmen wir ein Beispiel. A klagt gegen den Erben B auf Auszahlung eines ihm von dem Erblasser X testamentarisch hinterlassenen Legates. B behauptet : A sei nur unter einer noch schwebenden Suspensivbedingung eingesetzt. Das Testament ist noch nicht vorgelegt, weder im Original, noch in beglaubigter Abschrift. Kläger behauptet replicando : er sei pure eingesetzt, welche Behauptung schon stillschweigend in seiner Klage liege, da er nichts von einer Bedingung erwähnt habe. Muß hier dem B der Beweis der Bedingung als Einrede, oder dem A der Beweis des legati puri auferlegt werden als Theil seines Klaggrundes? Nach meiner Ansicht muß das Letztere geschehen, weil der Richter, ehe Beweismittel vorliegen, die Behauptung des Beklagten für ebenso wahr halten muß, wie die des Klägers. Viele lassen sich dadurch irre leiten, daß sie sich sogleich das Testament als bereits vorliegend denken, und dann sagen, sobald in dem Testament die Anordnung des Legates steht, so braucht Kläger nichts mehr zu beweisen, und machen von da aus auch den unrichtigen Schluß, daß ihm a priori weiter nichts zum Beweise auferlegt werden dürfe. Diese Schriftsteller vergessen aber dabei, daß sie bei ihrer Vorstellung der Vorlage des Testamentes sich stillschweigend denken,

daß die Bedingung natürlich in dem Testamente nicht stehen dürfe. Legt dagegen Kläger sogleich das Testament in gültiger Form vor, so ist der Richter sogleich im Stande, eine Prüfung des klägerischen Beweises vorzunehmen, und zwar nach den Grundsätzen der formellen Wahrheit. Eine solche Beweisanticipation, resp. Vermischung des oben angeführten Standpunktes, liegt auch dem von Heffter Rev. zu Weber angeführten Beispiele (S. 301) zu Grunde.

§. 22.

Stellung der s. g. Rechtswohlthaten zu unserer Lehre.

Man rechnet hierher gewöhnlich die benef. SC. Vellej. et Maced., benef. excuss., divis. et cedendarum actionum, legis Anastasianae und legis Falcidiae. Was das SC. Vellej. anlangt, so heißt es in L. 1. pr. D. h. t. 16, 1 : »Vellejano SCo. plenissime comprehensum est ne pro ullo foeminae intercederent,« und in den Worten des SCi. selbst in L. 2. §. 1. D. h. t. : » — — ne eo nomine ab his petitio neve in eas actio detur.« Nach dem Wortlaute dieser Stellen war also der Prätor berechtigt, formulam denegare, falls Kläger nicht eine von dem Gesetze gemachte Ausnahme, wornach das SC. Vellej. cessirte, anführte. Es gehörte also, wie wir uns heut zu Tage ausdrücken würden, diese Angabe zu seinem Klaggrunde. Allein nach der Eigenthümlichkeit des R. Prozeßverfahrens sah der Prätor blos darauf, ob die Klage den Anforderungen des strengen Civilrechtes genügte, d. h. ob ein civilrechtlicher Obligationsgrund vorlag und die gebräuchliche Form gewahrt sei.

Aus diesem Grunde heißt es auch in L. 11. D. ad SC. Maced. : »Tamen si non opposita exceptione condemnati sunt, utentur SCi. exceptione; et ita Julianus scribit in ipso filiofamilias exemplo mulieris intercedentis.« Diese Vertheidigung der Frau mit Hülfe des SC. Vell. erschien als wirkliche exceptio nach R. R., und war eine exceptio peremptoria.

Denn civilrechtlich bestand eine Klage, die Frau war aber geschützt durch die exceptio SC. Vell.

Dieses ältere Recht änderte Justinian in L. 23. C. h. t. 4. 29, und Nov. 134. c. 8. In der ersteren Stelle sagt er ausdrücklich, daß Intercessionen der Frau null und nichtig sein sollen, falls dieselben nicht in einer öffentlichen und von drei classischen Zeugen unterschriebenen Urkunde erfolgt seien. Fehle dieses Erforderniß, so könnte Kläger die sonst zulässigen Ausnahmsgründe gegen das SC. nicht für sich geltend machen, er müsse denn beweisen, daß die Frau für Geld oder Sachen intercedirt habe: »si possit stipulator ostendere eam accepisse pecunias vel res et sic subiisse obligationem, repelli eam a SCi. juvamine. Sin vero hoc minime ab eo fuerit approbatum etc.«

In der angeführten Novelle bestimmte Justinian ferner für die Intercessionen der Ehefrauen zu Gunsten ihrer Männer: »nullatenus hujusmodi valere — — sed ita esse ac si neque scriptum esset, nisi manifeste probatur, quia pecuniae in propriam mulieris utilitatem expensae sunt.«

Nach diesen Gesetzen, die in Deutschland als materielles Recht recipirt sind, muß man bei unserm heutigen Prozeßwesen, namentlich wie es durch den J. R. A. und die darauf beruhende Praxis sich ausgebildet hat, verlangen, daß Kläger, falls er ein Frauenzimmer aus einer Intercession belangen will, schon in der Klage anführe, daß das SC. Vell. bei der Ehefrau z. B. wegen versio in rem propriam oder gerichtlichen Verzichtes, bei andern Frauenzimmern z. B. deswegen nicht Platz greife, weil sie Geld dafür erhalten. Es gehört die Behauptung des Vorhandenseins einer der gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Erfordernisse der Gültigkeit solcher Intercessionen demnach zum Klaggrund des Klägers, und es ist, m. A. n., falls Kläger ein Frauenzimmer einfach auf Zahlung einer Schuld wegen Intercession ohne weitere Ausführungen belangt, der Richter berechtigt, die Klage a limine angebrachtermaßen abzuweisen.

Der Meinung Albrechts l. c. S. 187 über diesen Punkt kann ich daher nicht beistimmen.

Zweifelhafter ist die Sache schon bei dem SC. Maced., weil die Gesetze hierbei noch eine naturalis obligatio nach L. 10. D. h. t. bestehen lassen, die zur Retention und Compensation berechtigt, während bei der Intercession der Frauenzimmer sogar wegen des bereits Gezahlten eine condictio indebiti gegeben wird. [71])

Ich halte jedoch die einfache Darlehnsklage nicht blos aus diesen Gründen für zulässig, da der Gebrauch des SC. Mac. als Gegenstand einer Einrede erscheint, sondern auch deshalb, weil Kläger nach den oben entwickelten Grundsätzen des Civilprozesses die Eigenschaft des Beklagten als filiifamilias, was die Voraussetzung des SC. Mac. ist, nicht anzuführen und nicht zu beweisen braucht.

Dieselben Grundsätze wie für die exc. SC. Vell. nehme ich für das benef. excussionis personale an nach den Worten der Nov. 4. c. 1. Soll die Klage gehörig begründet sein nach den heutigen Ansichten über die nothwendige factische und rechtliche Begründung derselben, so muß Kläger anführen, daß er von dem Hauptschuldner nichts bekommen könne, oder derselbe schwer auszuklagen sei. Dieß gehört also zum Klaggrund.

Ebenso verhält es sich bei einfachen Bürgschaften mit dem benef. div. sobald Beklagter auf mehr als seinen Antheil ohne weiteres belangt werden soll.

Es kommt jedoch viel dabei auf die Fassung des Vertrags an, zu dessen Angabe Kläger verpflichtet ist.

Bei dem s. g. benef. excuss. reale stimme ich der von Albrecht aufgestellten Ansicht ausnahmsweise bei, weil Kläger als Generalhypothekar auch zur Einklagung jeder speziellen Sache berechtigt ist, und die Berufung auf das benef. ein singuläres gesetzliches Recht des Beklagten ist, mithin als wirklicher Aufhebungsgrund der an sich begründeten Klage erscheint, was bei dem benef. excuss. pers. et div. nicht der Fall ist, weil nach den gesetzlichen Bestimmungen, sowie der unzweifelhaften Rechts-

---

[71]) Mühlenbr., Lehrb. der Pand., Bd. 2. §. 488.

vermuthung, daß Verpflichtungen im Zweifel auf das minimum gerichtet seien, das benef. div. und exc. p. schon als bei Eingehung des Bürgschaftsvertrags berücksichtigt resp. in der Intention der Bürgen gelegen betrachtet werden, falls nicht der vom Kläger anzuführende Vertrag das Gegentheil bestimmt, oder doch gegründeten Zweifeln Raum läßt.

Ebenso verhält es sich mit der s. g. exc. legis Anastasianae. Nach Justinians Worten, in L. 23 C. mandati 4, 35: »ut nihil amplius accipiat quam ipse vero contracto re ipsa persolvit: sed omne quod superfluum est et per figuratam donationem translatum, inutile esse ex utraque parte censemus,« muß Kläger in der Klage behaupten, daß ihm die ganze Forderung entweder geschenkt, oder er diejenige Summe wirklich bezahlt habe, welche er einklage. Denn einer pluris petitio darf er sich nicht schuldig machen, und die Forderung ist nach den Worten des Gesetzes ipso jure in soweit erloschen, als unter dem Nominalwerth verkauft wird. Die Einwendung des Beklagten, Kläger habe nicht soviel bezahlt, als er einklage, besteht blos darin, daß Klägers Behauptung, der eingeklagte Betrag sei bezahlt worden, nicht wahr sei, fällt also in den Bereich des (s. g. directen) Gegenbeweises.

Dies ist nicht derselbe Fall, wie z. B. bei der (wahren) Einrede der Minderjährigkeit, des Betrugs, Zwangs, weil bei diesen, abgesehen von den oben entwickelten Grundsätzen, ein an sich gültiger Vertrag vorliegt, was bezüglich des nicht bezahlten Theils der Forderung nicht der Fall ist nach den Worten des Gesetzes.

Anders gestaltet sich der Fall, sobald Kläger alsbald eine äußerlich fehlerfreie Urkunde vorlegt. Hier müßte Beklagter aus den oben entwickelten Grundsätzen des Prozesses die Einrede der Simulation oder Fälschung vorschützen.

Ueber die Lex Falcidia vgl. Bethmann-Hollweg S. 356 fg. Die Anwendung der darüber geltenden Grundsätze (L. 17 D. de prob. vgl. mit L. 73. §. 5. D. ad leg. Falc. 35. 2) auf die Lex Anastasiana ist jedoch nicht zutreffend, weil die L. 73

cit. eine ganz andere Tendenz hat, wie die Lex Anastasiana, weil, sobald der Erbe die äußerlich fehlerfreie Anordnung des Legates zugiebt, vermuthet wird, daß der Testirer über so viel in der That habe verfügen können, als er gethan hat.

§. 23.

Anwendung des Bisherigen auf das s. g. Formverfahren.

Für das oben §. 8 genannte Form- oder Prozeßverfahren ist ebenfalls der Unterschied zwischen Form- oder Prozeßableugnung, und Form- oder Prozeßeinreden begründet. Es ergiebt sich daraus, sowie aus dem früher Erörterten, daß der Unterschied, wie er sich im Mittelalter zwischen s. g. dilatorischen und peremptorischen Einreden ausgebildet, namentlich seit der Bestimmung des J. R.-A. §. 37, wornach der Beklagte Alles auf einmal vorbringen soll, für unseren heutigen Prozeß ganz unhaltbar geworden ist, indem Vieles, was man unter dilatorischen Einreden oft noch heut zu Tage aufgeführt findet, nichts als Form- oder Prozeßableugnung ist, oder sich auf die merita causae bezieht.[72]) Sehr schön und meiner Ansicht nach auch vollkommen

---

[72]) Ich will damit nicht behaupten, daß der Eintheilung der Einreden in dilatorische und peremptorische gar nichts Wahres zu Grunde liege. Namentlich leugne ich nicht die materielle Bedeutung für einen spätern Prozeß bezüglich der positiven Function der exceptio rei judicatae. Im R. R. hatte die Eintheilung blos eine materielle Bedeutung, und es waren, wo die prozessualische Klagenconsumption eintrat, die dilatorischen und peremptorischen Exceptionen der Wirkung nach sich gleich. Die materielle Bedeutung wurde jedoch im Mittelalter auf den Prozeß übertragen, und zur Ausbildung eines selbständigen Vorverfahrens benutzt. Dieses ist aber durch den J. R. A. §. 37 aufgehoben, bis auf die gerichtsablehnenden Einwendungen, und selbst für diese durch §. 40 eod. sehr beschränkt, so daß man heut zu Tage mit Recht eine eventuelle Einlassung, wo dieselbe überhaupt möglich ist, in der Praxis immer fordert; und damit ist die prozessualische Eintheilung der Einreden in dilatorische und peremptorische so gut wie ganz zusammengefallen. Denn man legt dieser Eintheilung auch noch jetzt die Wirkung bei, daß die dilatorischen Einreden vor dem Verfahren über die

richtig, spricht sich darüber Albrecht l. c. S. 209 fg. aus, und beruft sich dabei auch auf die neuere Doctrin, welche bereits angefangen habe, von dem Gebiete der dilatorischen Einreden Alles wegzutrennen, was auf die merita causae sich beziehe. Nur sehr Weniges, was man unter die s. g. dilatorischen Einreden rechnet (abgesehen von den s. g. exceptiones perempt. in vim dil. [exc. rei transactae, rei judicatae, jurisjurandi], welche nach den obigen Ausführungen als perempt. Einreden natürlich von dem Beklagten bewiesen werden müssen, und unbezweifelt als wirkliche Einreden zu betrachten sind), ist eine wahre Einrede, und was Albrecht, S. 212 Note 7 sagt: „Für die Zuständigkeit des Richters und für die Prozeßführungsfähigkeit der Parteien muß jedenfalls der Kläger auf Verlangen einen Grund angeben und denselben auch beweisen. Bringt der B e k l a g t e (andere) Gründe für die Nichtzuständigkeit des Richters, oder für die Unfähigkeit der Parteien vor, oder behauptet er sonst abnorme Zustände und Verhältnisse, so muß er den Beweis übernehmen, sowie wenn der Kläger Abnormitäten verlangt oder rügt, d i e s e m die nöthige Beweisführung obliegt," ist gewiß auf das ganze Formverfahren, resp. die ganze Prozeßführung, welche sich, wie Albrecht S. 211 richtig sagt, bezieht entweder:

a) „auf das Gericht, oder
b) auf die Prozeßfähigkeit der Parteien oder ihrer Vertreter, oder
c) auf die Art und Weise der Klagestellung, oder
d) auf die richterliche Verfügung, oder

Hauptsache abgehandelt und beurtheilt werden sollen, während dabei schon sehr häufig eine Beurtheilung der Hauptsache nöthig ist, z. B. bei der, von v. Linde, Lehrb. §. 202, Note 3, zu den dilatorischen Einreden gezählten exceptio nondum competentis actionis. P r o z e s s u a l i s c h muß man alle Einreden, welche sich auf die merita causae beziehen, zu den s. g. zerstörlichen rechnen, weil die Frage, welchen Einfluß eine Einrede auf einen etwaigen späteren Prozeß über denselben Gegenstand hat, bezüglich der Eintheilung der Einreden selbst gar nicht hierher gehört.

e) auf anderweitige äußere Vorbedingungen zur Prozeßführung"

anwendbar.

Den obigen Ausdruck Albrechts: „Bringt der Beklagte (andere) Gründe ꝛc. vor", verstehe ich jedoch (wie es auch schon nach dem Wort „andere" Albrecht offenbar verstanden wissen will) nur so, daß der vom Kläger angeführte Grund für den Beweis der Competenz oder Prozeßführungsfähigkeit (legit, ad c. a. et p. generalis) genüge, und Beklagter nur einen Ausnahmsgrund, woraus die Incompetenz oder Prozeßführungsunfähigkeit erhellt, anführt.

Es kann in dem Formverfahren (Prozeßführung) ebensogut zu einem eigentlichen Beweisverfahren kommen, wie in dem Haupt- oder Sachverfahren. Allein in der Regel ist dies nicht nöthig. Schon oben wurde bemerkt, daß man nicht blos dasjenige Beweis nennen könne, was sich auf die s. g. natürlichen Beweismittel stütze. Der Zweck jedes Verfahrens ist, eine richterliche Entscheidung herbeizuführen. Diese besteht in dem Ausspruche der Reflexion auf den Grund vorliegender Verhältnisse der Erscheinungswelt. Auch bei den s. g. natürlichen Beweismitteln sind nicht diese, sondern die Reflexion des Richters der Grund der Entscheidung. Um diese Reflexion aber möglich zu machen, genügt es oft, sich bloß auf eine gesetzliche Vorschrift zu beziehen, wie dies regelmäßig für das Prozeßführungsverfahren der Fall ist.

Der Ausdruck dilatorisch und peremptorisch erscheint, insofern man die Einreden prozessualisch darnach eintheilen will, jedenfalls als unzweckmäßig, nicht blos aus den bisher angegebenen Gründen, sondern weil man auch, was den Effect anlangt, die bisherige Classe der s. g. dilatorischen Einreden selbst wieder in verzögerliche und zerstörliche eintheilen könnte. Denn nicht das Recht in abstracto kommt bezüglich der Prozeßführung in Frage, sondern nur der einzelne Fall, gleichsam der Klaglibell; ob dieser zulässig sei, oder nicht. Insofern könnte man z. B. die exc. incompetentiae in denjenigen Fällen, wo sie nach dem Obigen als wahre Einrede erscheint, eine zerstörliche nennen, da sie im Falle

der Begründung den Verlust des vorliegenden Streites (wenn auch ohne Präjudiz für das civile Recht in abstracto) und die Verurtheilung des Klägers in die Prozeßkosten nach sich zieht. Dagegen könnte man die s. g. exc. def. caut. pro expensis eine verzögerliche Prozeßeinrede nennen, da hierdurch blos der ungetrübte Fortgang des anhängigen Streites gehemmt wird.

Ueberhaupt drängt sich Jedem, welcher die Entwickelungsgeschichte des gemachten Unterschiedes zwischen dilatorischen und peremptorischen Einreden verfolgt, das Gefühl auf, daß man damit, weder in der Wissenschaft und noch weniger in der Anwendung, einen bestimmt begränzten Begriff verbunden habe, und deshalb nothwendig in unnütze Verwickelungen gerathen sei.

Nach der in dieser Abhandlung angenommenen Theorie erscheint nun Dasjenige, was Kläger nach dem Obigen anführen und (sobald es verlangt wird) beweisen muß, zum Klaggrunde (der Prozeßführung, der Form) gehörig. Die Behauptung des reinen Gegentheils, resp. der Unwahrheit, erscheint als Prozeß- oder Formableugnung, und der desfalls dem Beklagten nachzulassende Beweis fällt in das Gebiet des (s. g. directen) Gegenbeweises.

Alles dagegen, was nach dem Obigen Beklagter selbständig beweisen muß, d. h. was die erwiesene Richtigkeit der klägerischen Behauptung aus besonderen Gründen umstoßen soll, sei es durch Anführen eines Ausnahmsgrundes gegen die dem Kläger zur Seite stehende gesetzliche Regel, oder durch Anführen eines unter die Regel fallenden Grundes gegen die vom Kläger behauptete, resp. bewiesene Ausnahme, stellt sich als Prozeß- oder Formeinrede dar.

§. 24.

Begriffsbestimmungen.

Durch die bisherigen Ausführungen glaube ich das von mir oben S. 17 und 18 aufgestellte System vollkommen gerechtfertigt

zu haben, und will zum Schlusse die demselben entsprechenden Begriffsbestimmungen aufstellen:

A. Form= oder Prozeßführungsverfahren.

1. Prozeß= oder Formableugnung.

Unter Prozeß= oder Formableugnung ist jedes Vorbringen des Beklagten zu verstehen, worin er den Mangel eines prozeßgesetzlichen Erfordernisses rügt, welches entweder als Voraussetzung jedes Vorbringens vor Gericht überhaupt, oder einer einzelnen prozessualischen Handlung, [73]) oder der Pflicht des Beklagten zur unbedingten Einlassung, resp. Erklärung über die Hauptsache des vorliegenden Falles erscheint; möge dieser Mangel nun durch unmittelbare Anwendung der Prozeßgesetze auf die vorliegenden unbestrittenen Verhältnisse gezeigt, oder mittelbar durch Bestreitung der Wahrheit oder Vollständigkeit der zur Begründung der Formalien angeführten Thatumstände behauptet werden. [74])

2. Form= oder Prozeßeinrede.

Prozeß= oder Formeinrede ist jeder von dem Beklagten vorgeschützte Thatumstand, mit welchem entweder eine gesetzliche Ausnahme der dem Kläger zur Seite stehenden Regel der Formrichtigkeit oder Zulässigkeit eines Verfahrens, oder das Eintreten der Regel gegen die dem Kläger zur Seite stehende Ausnahme der Zulässigkeit behauptet wird, und welche für den Fall der Begründung (des Beweises) die Abweisung des Klägers, [75]) resp. die Befreiung des Beklagten von der unbedingten Einlassung auf die Hauptsache zur Folge haben muß.

---

[73]) Z. B. der Klage.

[74]) Die exc. obscuri oder inepti libelli ist bloße Formableugnung, keine Einrede, sonst dürfte der Richter z. B. bei der contumacia des Beklagten die Ineptheit der Klage gar nicht berücksichtigen. Die except. term. augusti etc., welche Albrecht S. 211, Note 4, anführt, sind bloße Beschwerden wegen Ungesetzlichkeiten von Seiten des Richters.

[75]) „Wie angebracht" oder: „hierorts" u. s. w.

B. Sach- oder Hauptverfahren.

1. Sachableugnung.

Sachableugnung ist jedes Vorbringen des Beklagten, worin geradezu die Unwahrheit der von dem Kläger vorgebrachten Thatsachen, oder die Unrichtigkeit des, aus den vom Kläger vorgebrachten Thatumständen gezogenen rechtlichen Schlusses, [76]) oder eine solche Mangelhaftigkeit der vom Kläger vorgebrachten Thatumstände, im Vergleich zu dem wahren Sachverhältniß behauptet wird, daß daraus der vom Kläger erhobene Anspruch nicht hergeleitet werden könne. [77])

2. Sacheinrede.

(S. g. zerstörliche oder) Sacheinrede ist jeder von dem Beklagten vorgeschützte Thatumstand, welcher, das vom Kläger behauptete Sachverhältniß als unbestritten vorausgesetzt, das Entstehen einer civilrechtlichen Verbindlichkeit; oder, die Entstehung der civilrechtlichen Verbindlichkeit vorausgesetzt, das Fortbestehen derselben als unmöglich, oder doch als derzeit verhindert [78]) bezeichnet, und auf den Fall des Beweises die Wirkung haben muß, daß Kläger mit dem erhobenen Anspruch abgewiesen, beziehungsweise Beklagter freigesprochen wird. [79])

---

[76]) S. g. Deduction gegen die Klage.

[77]) Ich halte die Trennung dieser Bestandtheile der Klagableugnung zur Vermeidung von Verwirrungen für durchaus nothwendig.

[78]) Z. B. Retentionseinrede wegen Auslagen und Verwendungen.

[79]) Eine für das Formverfahren und das Sachverfahren gemeinschaftliche Definition von Klagableugnung und Einrede halte ich für unzweckmäßig.

Berichtigungen.

S. 4. Anm. 2. lit. i, statt müßte lies: mußte.
„ 7. Zeile 16 v. o. statt Beweistheorien lies: Beweistheorie.
„ 23. Anmerk. statt Brost lies: Borst.
„ 25. if. statt 2 lies: II.
„ 26. Zeile 13 v. o. statt 1 lies: I.
„ 28. „ 12 v. o. statt 2 lies: II.
„ 37. „ 5 v. o. fehlt hinter: „könne" das Wort: „vorschützt."
„ 37. „ 14 v. o. statt Negation lies: Negative.
„ 56. Anm. Zeile 3 v. u. statt müsse lies: müssen.
„ 58. Zeile 16 v. o. fehlt hinter: „des Klägers" ein Komma.
„ 63. Zeile 19 v. o. statt Rententionseinreden lies: Retentionseinreden.
„ 64. „ 13 v. o. statt Gericht lies: Gewicht.

Druck von Wilhelm Keller in Gießen.

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Helmolt, Theodor Ludwig <<von>>,

Beitrag zur Lehre des Unterschiedes zwischen Klagableugnung und Einrede
Habilitationsschrift

Gießen 1849

Diss. 2165,9
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10852382-0